de

Diss 2129 (4

Beiträge

zur

Lehre vom Haupt-Eid

im

Civilprozesse,

vom

Standpunkte der Philosophie und Legislation, des römischen und des heutigen gemeinen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

von

Marquard Adolph Barth,
Doktor der Rechte.

Augsburg 1832.
J. A. Schlosser's Buch- und Kunsthandlung.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Sr. Magnificenz,

dem

Hochwohlgebornen Herrn

Hieronymus Bayer,

Doktor der Philosophie und der Rechte, k. b. Hofrathe, ordentlichem öffentlichen Professor der Rechte und d. Z. Rektor der Ludwigs = Maximilians = Universität zu München, Mitglied des obersten Kirchen = und Schulrathes für das Königreich Bayern,

seinem unvergeßlichen Lehrer,

widmet

diesen schwachen Versuch

der

dankbare Verfasser.

Euer Magnificenz!

Wenn ich mir die ehrenvolle Erlaubniß erbat, Eurer Magnificenz in der Juristen = Welt hochverehrten Namen dem gegenwärtigen Versuche vorsetzen zu dürfen, so geschah es nicht, um meiner Arbeit, von der ich wohl fühle, daß sie auch als Inaugural = Dissertation der Nachsicht der Leser gar sehr bedarf, von aussen einen Glanz zu verschaffen, welcher ihr an sich nicht zukommt; ich glaubte nur diese Gelegenheit benützen zu müssen, um dem Manne, dem ich den besten Theil meiner Kenntnisse, besonders auf dem Felde des Civilprozesses verdanke, und der mir zugleich Freund und Leiter meines juristischen Studiums überhaupt war, öffentlich meine unbegränzte Verehrung und immerwährende Dankbarkeit auszusprechen. Es schien mir dieß um so unerläßlicher, um nicht durch einige abweichende Meinungen, die ich in der nachstehenden kleinen Schrift zu rechtfertigen versuchte, Andere zu der Meinung zu veranlassen, als verkennte ich die hohen Verdienste, die sich Euer Magnificenz um die Theorie des gemeinen Civilprozesses erworben haben, und von deren vollkommenster Anerkennung ich durchdrungen bin.

Was Euer Magnificenz mir waren, waren Sie Hunderten vor und mit mir, sind Sie Jedem Zöglinge der Facultät, der sich Ihnen zu nähern wünscht, darum ist aber auch der Dank und die Verehrung gegen Euer Magnificenz, den ich hier öffentlich ausgesprochen, in den Herzen vieler Hunderte Ihrer ehemaligen und gegenwärtigen Zöglinge nicht weniger lebendig, als in dem meinigen, und das Andenken an die großen Verdienste, die Euer Magnificenz sich um die Wissenschaft, um die Hochschule und um uns alle, die wir einmal das Glück hatten, Ihnen näher zu stehen, erworben haben, wird um so unvergänglicher fortleben, je weniger Sie selbst in liebenswürdiger Bescheidenheit aus Ihren Leistungen zu machen pflegen. Möge diese Bescheidenheit sich nicht dadurch verletzt fühlen, daß ich es wage, hier den Dollmetscher der Gefühle meiner akademischen Freunde, Ihrer Sie verehrenden Schüler, zu machen; es muß ja auch dem bescheidenen Lehrer wohl thun, den Ausdruck dankbarer Anerkennung seines rastlosen Wirkens durch seine Schüler zu vernehmen, und vor allen dem Manne, der, nicht bemüht äussern Glanz und äussere Vortheile dadurch zu erjagen, in dem fröhlichen Gedeihen des Werkes und in der Liebe seiner Schüler allein die Belohnung seines uneigennützigen Strebens sucht und findet.

Ich geharre mit innigster Verehrung und Liebe

Euer Magnificenz

Augsburg, den 24. Julius 1832.

dankbarer Schüler

M. A. Barth.

Beiträge

zur

Lehre vom Haupteide

im

Civilprozesse,

vom

Standpunkte der Philosophie und Legislation, des römischen und des heutigen gemeinen Rechtes.

Erster Abschnitt.

Betrachtungen über den Eid an sich und im Prozesse vom Standpunkte der Philosophie und der Legislation.

§. 1.
Begriff und Arten des Eides.

Der Eid im weitern Sinne ist eine unter Beziehung auf etwas dem Schwörenden besonders heiliges gegebene feierliche Versicherung, welche um dieser Beziehung und der damit verbundenen Feierlichkeit willen für denjenigen, dem sie geleistet wird, mehr Zuverlässigkeit hat. Im engern Sinne ist der Eid eine solche unter Beziehung auf die Gottheit, als dasjenige, was dem denkenden Menschen das heiligste ist, gegebene Versicherung. Je nachdem diese Versicherung einer Aussage oder einer Verpflichtung, einem Versprechen beigefügt wird, ist der Eid ein assertorischer oder promissorischer; wird er einer Aussage und einem Versprechen zugleich beigefügt, so könnte man ihn füglich ein jusjurandum mixtum nennen, wiewohl diese Benennung nicht gewöhnlich ist.[1]) Der Werth des Eides vor einer einfachen Versicherung für den, dem sie gegeben wird, liegt in der Ueberzeugung, daß der Schwörende hier nicht so leicht eine falsche Aussage machen oder ein Versprechen geben werde, das er nicht zu halten gedenke, so wie

1) Ein solches jusjurandum mixtum ist z. B. der Armeneid zur Theilhaftwerdung an dem beneficium annotationis, nach der in der G. G. O. Th. I. Titel 78 vorgeschriebenen Formel. Vergl. Bayer's Vorträge üb. gem. ord. Civ. Proz. Seite 9.

endlich, daß er ein eidlich gegebenes Versprechen nicht zu erfüllen sich scheuen werde. Der Grund jener Ueberzeugung aber kann nach der Persönlichkeit des Schwörenden ein verschiedener seyn. Bei dem bessern Menschen reicht es schon hin, daß die Versicherung mit etwas in Verbindung gesetzt wird, was ihm heilig ist, um ihn vor Verletzung der Treue zu bewahren,[2]) den weniger Gebildeten aber schreckt die Furcht vor der Rache desjenigen, bei dem er geschworen, vom Meineide ab.[3]) Daher würde bei dem Erstern ein Eid bei der Tugend, bei seiner Ehre oder Liebe mit einem Eide bei dem höchsten Wesen gleiche Wirkung haben, während Letzterer nur bei einem Wesen schwört, von dem er glaubt, daß es den Meineid rächen könne, und als eine ihm angethane Beleidigung auch rächen wolle. Wenn ein solcher Mensch bei etwas anderm, was ihm werth ist, z. B. bei seinem Leben schwört, so ist dieß nur ein Schwur bei der Gottheit mit

---

2) Hievon ist die Stelle bei Cicero de officiis lib. III. cap. 27 zu verstehen: In jurejurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intelligi. Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmative, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est. Jam enim non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad justitiam et fidem pertinet. Nam praeclare Ennius: O fides alma, apta, pinnis et jusjurandum Jovis! Qui igitur jusjurandum violat, is fidem violat, quam in capitolio vicinam Jovis O. M. majores nostri esse voluerunt.

3) Dahin deuten auch die meisten römischen Eidesformeln, z. B. diejenige, wobei der Schwörende einen Kieselstein in die Hand nahm, und mit den Worten von sich warf: Si sciens fallo, tum me Diespiter salva urbe arceque bonis jaciat, ut ego hunc lapidem. cf. Claproth Einleit. in d. ordentl. bürgerl. Proz. 3. Aufl. Th. II. §. 319. n. a. Malblank in doctrina de jurejurando (2te Aufl. Tübingen 1820) §. 34 glaubt, daß nicht die Ueberzeugung allein, daß der Schwörende nicht falsch schwören werde, sondern auch der Trost, ihn, wenn er falsch schwöre, durch die Götter bestraft zu sehen, den Eid bei den Römern so beliebt gemacht habe; allein es ist gewiß natürlicher, jenen häufigen Gebrauch des Eides bei den Römern von ihrer hohen Meinung von der Heiligkeit des Eides und der fides überhaupt, die sich bei jeder Gelegenheit in der Geschichte der alten Republik zeigt, als von einer so ganz barbarischen Denkungsweise herzuleiten. Wenn in l. 21 und 22 D. de dolo (4. 3) gesagt wird, das perjurium hebe die Wirkungen des Vergleichs durch Eid nicht auf, nam sufficit perjurii poena; so ist dieß doch wohl nicht so zu verstehen, als sey die poena perjurii ein Ersatz für den Betrogenen, sondern so, die schwere Strafe, die

dem Beisatze, daß ihn die Gottheit an diesem Gute strafen möge, wenn er falsch schwöre[4]).

§. 2.

Promissorischer Eid.

Der promissorische Eid erzeugt keine neue Verbindlichkeit, sondern bildet nur einen moralischen Bestimmungsgrund für den Verpflichteten, die schon bestehende Verpflichtung zu erfüllen, und eben dadurch eine mit dem Vertrauen auf die persönlichen Eigenschaften des Schuldners zusammenhängende Gewähr des Berechtigten. Wenn daher durch den Versprechungs-Eid weder neue Verbindlichkeiten noch neue Rechte erzeugt werden, so kann derselbe auch ein an sich ungiltiges Geschäft auf keine Weise giltig machen[5]), und gehört nur in so ferne dem Kreise des Rech-

---

von den Göttern über den Meineidigen (nach der allgemeinen Volksmeinung) verhängt werde, reiche schon hin, vom Meineide abzuhalten und ihn selten zu machen, wenn man auch demselben keine civilrechtlichen Wirkungen gebe.

4) Dergleichen Schwüre kommen auch im täglichen Leben häufig vor, und selbst die in den Gerichten gebräuchliche Formel: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort" ist ein solcher, indem das hier stillschweigend verpfändete Gut die Seligkeit des Schwörenden ist. Vermöge eines ähnlichen Ideengangs schwören die Türken bei dem Leibe ihrer Weiber. Claproth a. a. O.

5) Diesen aus der Natur der Sache folgenden Grundsätzen ist das römische Recht auch wirklich in der Hauptsache getreu geblieben (l. 7 §. 16 D. 2. 14. Nov. 82. Cap. 11. Die Ausnahmen sehe in l. 7 pr. §. 1 D. 38. 1 u. l. 36 D. 40. 4); dagegen machen die Bestimmungen des canonischen Rechtes hierüber es recht fühlbar, welche Nachtheile daraus entstehen, wenn die Kirche sich in weltliche Dinge mengt. Dadurch, daß sie den Begriff der Sünde auch auf das Rechtsgebiet übertrugen, ließen sich die Päbste verleiten, auch gesetzlich für ungiltig erklärte Geschäfte, sobald sie beschworen waren, für verbindlich zu erklären, wenn nur sonst die Erfodernisse eines giltigen Vertrages vorhanden sind (servari debent hujusmodi juramenta, sine vi et dolo sponte praestita, cum in alterius praejudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae. c. 28 X 2. 24. Ganz dasselbe sagt cap. 2 in 6°. 1. 18). Daß sich aber solche Bestimmungen mit einer vernünftigen Gesetzgebung nicht vereinigen lassen, ist klar, indem der Staat, wenn er Rechtsgeschäfte für ungiltig und kraftlos erklärt, nicht zu gleicher Zeit seinen Bürgern ein Mittel in die Hand geben kann, um sein Gesetz, so oft sie wollen, zu eludiren; ein solches Mittel ist aber

tes an, als das positive Recht in bestimmten Fällen den Schuldner zur Ableistung desselben verpflichtet erklären kann, so z. B., wenn derselbe auf andere Weise nicht Caution zu stellen vermag; und als es dem Staate unzweifelhaft zusteht, die Nichterfüllung einer beschwornen, an sich giltigen Rechtsverbindlichkeit als qualifizirten Bruch der Treue besonders strenge zu bestrafen[6].

---

der Eid im kanonischen Rechte. Böhmer (J. E. P. II. tit. 27) schlägt, um zugleich die Heiligkeit des Eides und die Kraft des Gesetzes aufrecht zu erhalten, vor, man solle den Gebrauch des Eides bei für ungiltig erklärten Privatgeschäften unter Androhung schwerer Strafe verbieten, allein das Beste ist wohl, zu den ganz der Natur der Sache entsprechenden Grundsätzen des R. Rechtes zurückzukehren, und solche Eide für ganz unwirksam zu erklären, die einem an sich ungiltigen Geschäfte beigefügt werden, da ein Versprechenseid ohne vorhergehende Verbindlichkeit, auf die er sich bezieht, nicht gedacht werden kann. Offenbar viel zu weit geht dagegen Malblank loc. cit. §. 10, wenn er das jusjurandum promissorium unter Bürgern Eines Staates ganz verbannt wissen will, weil, wo die Gerichte schützen, dasselbe ein überflüssiges Sicherungs-Mittel sey, welches nur im Völkerrechte, wo der nexus civilis fehle, Nutzen bringen könne. Wer den Schutz der Gerichte kennt, mit seinen Mängeln und Unbequemlichkeiten, die ihm als menschlichem Institute nie ganz genommen werden können, der wird sich noch andere Sicherungsmittel neben diesem Gerichtsschutze wohl gefallen lassen.

6) Da die Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit schon an sich geboten, und ihre Unterlassung widerrechtlich und strafbar ist, so gibt der Umstand, daß die Verbindlichkeit beschworen war, nur einen Schärfungsgrund der Strafe. Wie aber aus Gründen der Legislation Omissiv-Handlungen nur selten Gegenstand des Criminal-Rechts seyn können, so kann auch der Bruch eines promissorischen Eides nur selten, wo er, wie zum Beispiel beim Ehebruch, Bruch der Urfehde u. s. w. in einer Commissivhandlung enthalten ist, in Betrachtung kommen. Aber auch der wissentlich falsch geschworne assertorische Eid (der eigentliche Meineid) soll nur dann den Thatbestand eines Verbrechens bilden, wenn er vor Gericht abgelegt wurde; überhaupt liegt der Eid dem Gebiete der Moral näher, als dem des Rechts. Daher hatten auch die Römer keine besondere Strafe für den Meineid, sondern straften ihn nur in so ferne, als damit irgend ein anderes Verbrechen (z. B. der Stellionat) concurrirte. Dazu mag freilich auch der bei ihnen allgemeine Glaube viel beigetragen haben, daß schon die Götter den Meineid als eine Beleidigung ihrer Majestät besonders hart bestrafen. In dieser Beziehung sagt Cicero de legibus II. cap. 9, wo er sich den Begriffen des Volks accommodirt: Perjurii poena divina exitium, humana dedecus, und Kaiser Alexander in l. 2 Cod. de reb. cred. (4. 1.): Jurisjurandi

§. 3.
Assertorischer Eid.

Wo es sich darum handelt, über Thatsachen die Wahrheit zu vernehmen, wovon ein Anderer sichere Kunde haben kann, ist die eidliche Aussage desselben darüber, wenn er sonst ein Mensch ist, dem man zutrauen darf, daß er keinen Meineid schwören werde, ein sehr wichtiger Bestimmungsgrund für die Annahme der Wahrheit des Ausgesagten. Daraus ergibt sich der

---

contemta religio satis deum ultorem habet, und diese Strafe meint wohl auch Paulus in l. 22 D. 4. 3., wenn er sagt, das perjurium hebe die civilrechtlichen Folgen des Eides nicht auf, nam sufficit perjurii poena. Eine ähnliche Aeusserung findet sich von Tiberius (bei Tacitus Annal. I. c. 73), welcher an die Consuln rescribirte: jusjurandum (Rubrii) perinde aestimandum, quam si Jovem fefellisset, Deorum injurias Diis curae. Wenn Malblank hieraus den Schluß ziehen will, als hätten die Römer, wenn sie einen Rechtsstreit von dem Eide einer Partei abhängig machten, das Gericht der Götter (judicium divinum) an Stelle des menschlichen gesetzt, so geht er hier wieder viel zu weit; denn aus allen diesen Stellen folgt mehr nicht, als was schon oben (§. 1 im Texte) bemerkt wurde, daß sich die fides jurisjurandi bei dem großen Haufen auf die Furcht vor der Rache der durch den Meineid beleidigten Gottheit stütze; auch wird durch die Eidesdelation ja nicht die Gottheit, sondern der Gegner selbst zum Schiedsrichter in der Sache gemacht (Quinctiliani inst. orat. V. 6 und l. 1 D. 44. 4. Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet; non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum), der auch wirklich die Macht sofort in der Hand hat, durch Eidesleistung den Streit zu seinen Gunsten zu entscheiden. Zwar glaubt Malblank, wenn jener falsch geschworen, habe der Gegner doch aus der Erwartung, daß der Zorn und die Rache der Götter auf das Haupt des Meineidigen fallen werde, ein gewisses Vergnügen geschöpft und dadurch den im Vermögen erlittenen Schaden compensirt. Es ist aber gar nicht abzusehen, worauf sich eine so chimärische Ansicht gründen soll, die für das Gemüth, so wie für den Verstand der Römer gleich beleidigend ist, und sich wohl überhaupt bei keinem nicht ganz rohen Volke, am wenigsten aber bei dem so juristisch gebildeten Römer annehmen läßt. (conf. Malblank §. 35 und §. 97 — 99). — Doch war auch schon im alten Rom der Meineid nicht ohne alle bürgerlichen Folgen, denn den Meineidigen traf die nota censoria, und diese war bekanntlich in ihren Wirkungen bitter genug. (Cicero de offic. III. cap. 31. Censores de nulla re diligentius, quam de jurejurando judicabant.)

besonders häufige Gebrauch des assertorischen Eides bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, sowohl aussergerichtlich als vor Gericht (im Prozeß). Rechtsverhältnisse beruhen nämlich, wie bekannt, auf einer doppelten Grundlage, auf den Rechtssätzen, welche sie in abstracto bestimmen, und auf den Thatverhältnissen, welche die Anwendung jener Rechtssätze in concreto bedingen. Rechtsstreitigkeiten können daher auf doppelte Weise entstehen, je nachdem entweder ein Rechtssatz an sich, oder die seine Anwendung auf den vorliegenden Fall bedingen-

---

Der Meineid, im Falle bei dem Genius des Princeps geschworen worden war, wurde, wahrscheinlich weil hier die Rache der Götter wegfiel, wenigstens wenn eine Geldschuld zu bezahlen versprochen war, mit Stockschlägen bestraft (l. 13. §. 6. D. de jurej. — 12. 2), was aber Alexander (in l. 2 Cod. de reb. cred. — 4. 1) wieder aufhob. Unter den christlichen Kaisern wurden verschiedene Strafen für den Meineid festgesetzt. In der l. 41 Cod. 2. 4. verordneten die Kaiser Honorius und Arcadius, daß demjenigen, der eine beschworne vertragsmäßige Verpflichtung nicht erfülle, oder auf dem Wege des Rechts oder der Gnade zu zerstören suche, die Vortheile aus jenem Vertrage verloren gehen und ihn die Strafe der Infamie treffen solle. Noch schwerere Strafen bestimmen andere Stellen (l. 13 Cod. 4. 20. l. 17 Cod. 12. 1) für meineidige Zeugen. — Das canonische Recht hat seinem Geiste gemäß den Meineid allgemein als Sünde, und zwar als eine dem Ehebruche, der Hurerei und dem freiwilligen Todtschlage an Größe gleichkommende Sünde betrachtet (cap. 17 caus. 22. qu. 1), und demzufolge mit sehr strengen Kirchenstrafen belegt, die in geringerm Maße selbst denjenigen treffen, der aus Irrthum falsch schwört (cap. 2 caus. 22. qu. 5). Einen andern, von dem man vermuthen kann, daß er falsch schwören werde, zum Schwören zu provoziren, wird für ärger als Todtschlag erklärt, aus dem freilich etwas sonderbar lautenden Grunde, quia homicida corpus occisurus est, ille animam, imo duas animas, et ejus, quem jurare provocavit, et suam (cap. 5. caus. 22. qu. 5). Wer sich solcher Sünde schuldig machte, wurde bis zum Tode aus der Kirchengemeinschaft ausgeschlossen (cap. 7 eod.). Nach teutscher Sitte wurde der Meineid von jeher für ein strenger Strafe würdiges Verbrechen angesehen, und, wenn der Eid vor Gericht geschworen und ein sogenannter gelehrter Eid war, mit Abhauung der bei der Eidesleistung aufgehebenen Finger gestraft, welchen „gemeinen Gebrauch" auch die Carolina Art. 107 und 108 beibehielt. Die Ehrlosigkeit war mit dieser, wie mit andern peinlichen Strafen, immer verbunden. Die Praxis ist hier wie überall milder und menschenfreundlicher geworden. Feuerbach Lehrb. §. 422. (Ed. X.)

den Thatumstände bestritten werden. Ist ein Rechtsstreit über den letzten Punkt entstanden, und eine der Parteien oder ein Dritter muß von den bestrittenen Thatsachen sichere Kunde haben, so bietet sich den Streitenden in der eidlichen Aussage desselben, wenn nur seine Persönlichkeit Vertrauen verdient, ein Mittel zur Entscheidung des Streites dar, und auf diese Weise kann der Eid auf aussergerichtlichem Wege zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten dienen. Er kann dieß aber auch selbst da, wo es sich um einen bestrittenen Rechtssatz handelt, wenn nämlich derselbe nicht aus dem Vernunftrechte, sondern aus dem positiven Rechte, sey es nun aus dem geschriebenen, oder aus dem Gewohnheitsrechte, behauptet wird, und der Schwörende wohl wissen kann, ob jener Rechtssatz wirklich positive Geltung habe; denn auch das Bestehen eines Rechtssatzes ist eine Thatsache, und das Behaupten desselben eine das Factische betreffende Behauptung. Bei dem geschriebenen Rechte wird freilich der Eid auch aussergerichtlich kaum einmal vorkommen, weil es viel natürlicher und einfacher ist, gleich das geschriebene Gesetz selbst anzugeben und nachzusehen.

§. 4.

Fortsetzung.

Kommen Rechtsstreitigkeiten vor den Richter zur Entscheidung, so erfodert dieselbe gleichfalls die Beantwortung der zwei Vorfragen, ob ein Rechrssatz vorhanden sey, der das behauptete Rechtsverhältniß in abstracto begründe, und ob die dasselbe in concreto bedingenden Thatumstände nicht fehlen. Die Frage über den Rechtssatz muß sich der Richter, wenigstens in so ferne sich derselbe im geschriebenen Rechte finden soll, selbst beantworten, da die Kenntniß desselben zum Berufe des Richters gehört; die faktischen Verhältnisse, welche die Anwendung des Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall begründen, müssen, wenn sie von der Gegenpartei geläugnet werden, dem Richter von demjenigen bewiesen werden, der sie behauptet, und dasselbe ist von einem Gewohnheitsrechte nach der Natur der Sache wenigstens dann zu sagen, wenn der Richter über das Bestehen oder Nichtbestehen desselben noch keine Ueberzeugung auf andere Weise geschöpft hat. Diese Ueberzeugung sollte der Natur der Sache nach eine die Möglichkeit des Gegentheils schlechthin ausschließende seyn; da aber zu einer solchen Ueberzeugung nur ein einziges Beweismittel, nämlich der Augenschein, die eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters, zu führen vermag, so würde, da der Augenschein nur in den wenigsten Fällen möglich ist, bei weitem in den meisten der Beweis

gar nicht geführt werden können, wenn nicht das Gesetz dem Richter vorschriebe, sich mit bestimmten, einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit bietenden Beweismitteln zu begnügen (sogenannte juristische Ueberzeugung). Zu diesen Beweismitteln, welche einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit erzeugen, gehört aber (nach §. 3) auch der assertorische Eid, daher die Behauptung, daß derselbe auch zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vor Gericht dienlich sey, nun gerechtfertiget erscheint.

§. 5.

Arten des Eides zur Entscheidung von Rechts-Streitigkeiten vor Gericht.

Ein solches Beweismittel kann sowohl der Eid eines Dritten, als auch des Behauptenden selbst bilden, beide können jedoch von dem Gesetze nur unter großen Vorsichtsmaßregeln für beweisend erklärt werden, wenn nicht das Interesse der Gegenpartei gefährdet werden soll. Dritte, deren eidliche Aussage in einem Prozesse als Beweismittel gebraucht wird, heißen Zeugen [7]). Das Gesetz darf ihre Aussage nur dann für beweisend erklären, wenn keine Gründe vorhanden sind, welche die Wahrheit derselben im Allgemeinen oder insbesondere in dieser Sache verdächtigen, und darf selbst bei dem Mangel aller Verdachtsgründe das Zeugniß eines einzigen Zeugen nicht für vollkommen beweisend erklären, sondern muß deren wenigstens zwei, oder das Hinzukommen anderer Beweismittel verlangen. Noch weniger kann das Gesetz der eidlichen Aussage der behauptenden Partei unbedingt Beweiskraft zuschreiben, da man bei ihrem hohen Interesse an der Sache dafür, daß sie die Wahrheit aussage, keine hinlängliche Bürgschaft hat [8]). Aus diesem Grunde

---

7) Die Sachverständigen, sie mögen nun als darstellende, oder als urtheilende erscheinen, sind immerhin Gehilfen und Ergänzungen des Richters; nach allgemeinen Grundsätzen dürfte daher ihre Aussage nur höchst uneigentlich unter die Beweismittel gesetzt werden. Dieß zur Rechtfertigung obigen Begriffs von Zeugen, der sonst zu weit wäre.

8) Ulpian sagt in dieser Beziehung mit Rücksicht auf die Eidesdelation: Si reus juravit, nemine ei jusjurandum deferente, Praetor

kann die behauptende und beweisführende Partei nur dann zum Eide zugelassen werden, wenn sie dem Richter bereits durch andere Beweismittel einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für ihre Behauptung geliefert hat, und der Eid nur noch zur Bekräftigung und Erhöhung derselben dienen soll. Hat der Beweisende nicht in hinlänglichem Grade bewiesen, um seinen Beweis durch die Eidesleistung zu vollenden, so ist der Natur der Sache nach das Resultat dasselbe, als wenn er gar nichts bewiesen hätte; denn nur vollständiger Beweis des unterstellten Faktums vermag den rechtlichen Anspruch zu begründen. Die Anforderung an den Gegner, einen solchen unvollständigen Beweis durch den Beweis des Gegentheils, also insbesondere durch Beschwörung desselben zu vernichten, ist daher in der Natur der Sache nicht begründet; wenn indeß das Gesetz dem Gegner die Verpflichtung zur Beschwörung des Gegentheils auflegt, auf den Fall, daß er von der Sache Kenntniß hat, so läßt sich dieses damit rechtfertigen, daß derselbe, wenn er bona fide prozessirt, jenen Schwur unbedenklich leisten kann, wenn er aber selbst von seinem Unrecht überzeugt ist, und nur von den Mängeln, die dem Gerichte als einem menschlichen Institute nothwendig anhängen, Vortheil ziehen will, keine Unterstützung verdient.

§. 6.
Vom deferirten Eide.

Es kann der Fall vorkommen, daß es dem Probanten an allen, oder doch an hinlänglichen Beweismitteln fehlt, um durch beigefügten Erfüllungseid vollständig zu beweisen. Dieser Fall kann sich ohne alle Schuld des Probanten aus reinem Zufall fü-

---

id jusjurandum non tuebitur; sibi enim juravit, alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit. (l. 3 pr. D. de jurej. — 12. 2). Deßgleichen Quinctilianus (V. cap. 6 inst. orat.): Offerre suum (sc. jusjurandum) sine illa conditione, ut vel adversarius juret, fere improbum est. Qui tamen id faciet, aut vita se tuebitur, ut eum non sit credibile pejeraturum; aut ipsa vi religionis, in qua plus fidei consequetur, si id egerit, ut non cupide ad hoc descendere, sed ne hoc quidem recusare videatur, aut si causa modo patietur litis, propter quam devoturus se ipse non fuerit, aut si praeter alia causae instrumenta adjicit ex abundantia hanc quoque conscientiae suae fiduciam.

gen, und der Probant wäre dann bei der materiell gerechtesten Sache ganz rechtlos gestellt, wenn nicht das Gesetz einen Ausweg fände, ihm wenigstens so viel möglich sein Recht zu schützen. Dieser Ausweg kann sehr schicklich in einer Nachahmung der aussergerichtlichen Eidesdelation gefunden werden. Wenn nämlich ein Recht ausser dem Forum streitig ist, so kann es vorkommen, daß die eine Partei, eben so von der guten Wissenschaft als der Rechtlichkeit der Gegenpartei überzeugt, von der eidlichen Aussage derselben über die streitige Thatsache die Entscheidung des Streites abhängig macht; hier kömmt es dann freilich noch darauf an, ob die Gegenpartei sich diesen Antrag gefallen lassen will; ist dieses, so ist sich verglichen, und der Eid entscheidet. Daß derselbe Antrag der Gegenpartei auch vor Gericht noch, und zwar ohne besondere gesetzliche Vorschrift, zulässig sey, kann nicht wohl einem Zweifel unterliegen, denn jeder kann sich über sein Recht vergleichen, der sich überhaupt verpflichten kann, nur ist freilich in dem Augenblicke, wo der Vergleich angenommen wird, vorausgesetzt, daß sich der Eid auf die ganze Streitfrage bezieht, der Prozeß der Natur der Sache nach sogleich zu Ende, und der Vergleich tritt an Stelle des Urtheils. Wenn aber die Gegenpartei den Antrag nicht annehmen will, so bleibt es natürlich auch hier wieder beim Alten. Dieses Mittel eines Vergleichsantrages kann somit kein Beweismittel genannt werden. Wenn aber das Gesetz den Gegner unter gewissen Umständen zur Annahme des ihm gemachten Eidesantrages in der Art verbunden erklärt, daß der Delat, wenn er nicht schwört oder ein vom Gesetze gebilligtes Expediens des Eides ergreift, als der Sache geständig geachtet werden soll, so erhebt es durch diese Bestimmung die Eidesdelation vor Gericht zu einem Beweismittel, das dem Probanten auch bei dem Mangel aller übrigen offen bleibt, ohne dadurch die Natur eines Vergleiches, welche der Eidesdelation zukommt, weiter, als in soferne aufzuheben, als einerseits für den Delaten dieser Vergleich ein nothwendiger ist, anderseits aber die Eidesdelation des Deferenten ipso jure so ausgelegt wird, daß der Delat schwören oder eines der gesetzlich gestatteten Mittel zur Befreiung vom Schwure sich bedienen solle. Das Gesetz kann jedoch die erwähnte Verpflichtung für den Delaten nur unter gewissen Umständen ohne Ungerechtigkeit aussprechen, nämlich nur für den Fall, daß reine Facta beschworen werden sollen, und daß der Delat wirklich Kenntniß von dem zu beschwörenden Factum habe, somit nur dann, wenn es sich entweder um eigene Handlungen des Delaten handelt, oder um solche fremde, hinsichtlich deren er sein Nichtwissen nicht zu beschwören bereit ist. In diesen so beschränkten Fällen aber liegt

in der Verbindlichkeit der Eidesdelation für den Delaten keine Ungerechtigkeit, weil er, obgleich der Natur der Sache nach zu einem solchen Schwure nicht verbunden, denselben ohne allen Nachtheil und Bedenken leisten kann, er würde denn mala fide streiten, in welchem Falle er aber von der Rechtspflege Unterstützung in seinem ungerechten Unternehmen nicht erwarten darf. Da indeß nur das Bedürfniß eines letzten Beweismittels für den Probanten diese Bestimmung des Gesetzes begründet und rechtfertiget, so ergibt sich daraus, daß die Verbindlichkeit des Delaten, den Schwur zu leisten, cessiren müsse, wenn ein solches Bedürfniß nicht mehr vorhanden ist; daher 1) wenn der Probant bei dem Vorhandenseyn anderer hinreichender Beweismittel den Eid anders als nur in eventum deferirt; 2) wenn der Delat den Streit durch den Eid des Deferenten selbst zur Entscheidung führen will, in welchem Falle dieser zum Eide anzuhalten ist, falls er nicht sein Nichtwissen beschwört[9]); endlich 3) wenn der Delat es vorzieht, dasjenige, was das Thema des Eides ausmacht, zu beweisen; denn in diesem Falle ist das Gegentheil von dem, was der Deferent durch die Eidesdelation noch darzuthun hofft, bereits bewiesen, der direkte Gegenbeweis bereits geführt; da aber der Natur der Sache nach sowohl a) gegen den direkten Gegenbeweis kein weiterer Gegenbeweis mehr zulässig seyn kann, als auch b) der vollständig geführte Gegenbeweis selbst den vollständig geführten Hauptbeweis neutralisirt, so hat der Probant zur Führung des Hauptbeweises kein Beweismitttel mehr nöthig, weil selbst im besten Falle des Gelingens ihm ein solches nichts mehr helfen könnte, die Eidesdelation muß also wegfallen. Aus der Natur des vor Gericht deferirten Eides mit den bisher angegebenen Wirkungen ergibt sich endlich, daß die Eidesdelation vor Gericht, da sie fortwährend die Natur eines Vergleiches behält, wenn der Eid wirklich geleistet wird, das Urtheil überflüssig macht, während dieselbe Folge für den Fall der Rekusation des Eides nur dann ausgesprochen werden kann, wenn das Gesetz

---

9) Ulpian in l. 34 §. 7 D. 12. 2. Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat jusjurandum, et si is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei Praetor non dabit; aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit; sed nec jusjurandum de calumnia referenti defertur, quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari. Eine nach Styl und Inhalt meisterhafte Stelle!

auch bei dem Vorliegen eines gerichtlichen Geständnisses das Urtheil für überflüssig erklärt. Dieses gilt jedoch nur dann, wenn nur Fakten allein streitig sind, und dieselben zusammen das Thema des Eides bilden; denn, wenn entweder auch noch ein Recht streitig ist, oder nicht alle streitigen Facta Gegenstand des Eides waren, kann das Urtheil in keinem Falle entbehrlich werden, weil nur ein theilweiser Vergleich, und insbesondere, wo noch das Rechtliche in Frage steht, nur ein Vergleich über die eine Grundlage des Urtheils vorhanden ist.

§. 7.

Fortsetzung.

Wenn die Gesetzgebung die Eidesdelation vor Gericht als Beweismittel behandelt, so kann sie, wenn sie sich consequent bleiben will, nur dem Probanten das Recht einer für den Gegner bindenden Delation einräumen, da der Probat ein Beweismittel nicht nöthig hat, deßgleichen muß sie das Bindende der Delation aufheben, wenn der Delat den Gegenbeweis führt, weil in diesem Falle, wie oben gezeigt wurde (§. 6), alle Beweismittel dem Hauptbeweisführer nichts mehr nützen können. Es gibt jedoch noch einen andern Gesichtspunkt, von dem aus die Gesetzgebung die Eidesdelation auffassen, und sie dann nach andern Grundsätzen behandeln kann. Die Rechtspflege nämlich ist nur für solche da, welche im guten Glauben ihr Recht verfolgen; solchen, welche gegen ihre eigene Ueberzeugung einen Anspruch machen, oder eine Verpflichtung abläugnen, soll sie keinen Vorschub gewähren. Wenn nun eine Partei im Prozeß, welche Rolle sie auch vertreten möge, von den das Urtheil bedingenden Thatumständen Wissenschaft hat, und die Gegenpartei will von ihrer eidlichen Aussage darüber des Prozesses Entscheidung abhängig machen, so kann sie ein für sie so vortheilhaftes Anerbieten nicht ausschlagen, ohne ihre bona fides im höchsten Grade zu verdächtigen, und aus dieser Rücksicht kann die Gesetzgebung allerdings die Nichtannahme jenes Offertes mit der Strafe der Fiction eines Geständnisses um so mehr belegen, in ein je schlechteres Licht hier das Benehmen des Delaten gegenüber der aufrichtigen Handlungsweise des Deferenten tritt. Nur muß immer dem Delaten das Recht vorbehalten bleiben, den Eid zurückzuschieben, d. h. des Streites Ausgang von der eidlichen Aussage des Deferenten selbst abhängig zu machen, vorausgesetzt, daß dieser gleichfalls Kenntniß von der Sache hat; denn es ist nichts billiger, als daß man in gleichen Umständen

sich das selbst gefallen lasse, was man vorher von einem Andern verlangt hat (vergl. oben Note 9). Wenn daher die Gesetzgebung von diesem Gesichtspunkte bei Fixirung der Grundsätze über die Eidesdelation ausgeht, so kann sie ganz consequent 1) jedem Theile im Prozesse, dem Probaten sowohl als dem Probanten, das Recht einräumen, den Eid bindend zu deferiren; 2) eben so folgerecht kann sie das Recht des Delaten, sich mit Beweis zu helfen, ausschließen, und seine Willkühr auf die Abschwörung und Relation allein beschränken. Sie darf aber auch jetzt eine bindende Eidesdelation weder über juristische Fragen, noch irrelevante Facta, noch über solche relevante zulassen, von denen der Delat keine Kenntniß hat; denn was a) juristische Fragen betrifft, so ist diese zu beantworten Sache des Richters, und der Delat kann darüber in Zweifel seyn, ohne deßhalb mala fide zu prozessiren, der Richter soll ihm eben an Stelle der Zweifel Gewißheit geben; b) Niemand kann gezwungen werden, des Streites Entscheidung von dem Beweise, und somit auch von dem Eide über irrelevante Facta abhängig zu machen, denn diese können vorhanden seyn oder nicht, ohne daß dieß an der Sache selbst etwas ändert; c) Niemand kann gezwungen werden, einen Meineid zu schwören, was der Fall immer seyn würde, wenn er über das Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn eines Thatumstandes schwören sollte, wovon er keine Kenntniß hat. Daß er in diesem Falle sein Nichtwissen beschwören soll, mag das Gesetz um der Gefährde willen vorschreiben, doch kann der Deferent nie gezwungen werden, von diesem für die Hauptsache irrelevanten Schwure irgend eines Punktes Entscheidung abhängig zu machen. Thut er dieß indeß freiwillig, so scheint die Frage höchst müssig, ob nun der Delat sich dieß auch gefallen zu lassen brauche; denn schwört dieser weder den Eid über das fragliche Factum, noch über sein Nichtwissen, so wird dieß in allen Fällen ohnehin als Geständniß betrachtet werden müssen, beschwört er dagegen sein Nichtwissen, und Deferent steht nun vom Streite ab, so hat der Delat gewiß nicht Ursache, sich deßhalb zu beklagen.

§. 8.

Fortsetzung.

Es ist endlich auch möglich, daß eine Gesetzgebung die beiden bisher ausgeführten Gesichtspunkte für die Eidesdelation neben einander berücksichtige, entweder so, daß beide mit ihren Folgen vollständig, aber in verschiedenen

Stadien des Prozesses vorkommen, oder so, daß zwar der eine die Grundlage bildet, aber durch den andern auf mehrfache Weise in den Folgerungen modifizirt erscheint. So fodert der erste Gesichtspunkt (§. 6), der den Eid als Beweismittel auffaßt, daß die Eidesdelation nur bei Ermangelung anderer Beweismittel zugelassen werde, was aber die Gesetzgebung so abändern kann, daß sie die Eidesdelation ohne Rücksicht darauf zuläßt, ob noch andere Beweismittel vorhanden sind oder nicht. So kann ferner das Gesetz in Rücksicht auf den ersten Gesichtspunkt nur dem Probanten das Recht der Eidesdelation zugestehen, dennoch aber in Rücksicht auf den zweiten Gesichtspunkt das Recht der Befreiung vom Eid durch Beweisführung dem Delaten abschneiden, und dgl. m. —

§. 9.

Vom Gefährdeeid.

Auch der promissorische Eid kann im Prozesse vorkommen, am einfachsten als Prozeßkaution, z. B. daß der Schwörende dem richterlichen Urtheile nachkommen, die Prozeßkosten, falls er in dieselben verurtheilt werde, bezahlen wolle, u. dergl. m. Ein assertorischer und promissorischer Eid zugleich ist der sogenannte Gefährdeeid (jusjurandum calumniae, malitiae), durch welchen der Schwörende eidlich aussagt, daß er im guten Glauben an sein Recht diesen Prozeß führe, und zugleich die eidliche Versicherung giebt, er wolle sich gegen die Gegenpartei keiner Chikane bedienen. Dieß ist wenigstens die Natur und das Thema eines gleich im Eingange des Prozesses vorkommenden allgemeinen Gefährdeeides (jusjurandum propter calumniam generale), gegen den sich freilich aus Gründen gesetzgeberischer Klugheit vieles sagen läßt, indem er leicht zum Meineide verführt und dadurch die Heiligkeit des Eides herabwürdigt. Dagegen kann ein jusjurandum propter calumniam speciale, welches bei der Vornahme eines einzelnen Prozeßaktes oder der Foderung desselben von der Gegenpartei abgeschworen wird, da es sich nur auf etwas gegenwärtiges bezieht und dahin geht, daß man dieses weder aus Chikane noch mala fide vornehme oder verlange, nur als ein reines assertorium erscheinen. Ein solcher Gefährdeeid kann auf verschiedene Weise vorkommen, so z. B. kann es dem Delaten gestattet seyn, vor der Eidesleistung denselben von dem Deferenten zu verlangen, obwohl hier diese Ei-

dehäufung gewiß unzweckmäßig ist. Am zweckmäßigsten dürfte es vielleicht seyn, dem Beweisführer vor der Beweisantretung das Recht einzuräumen, vom Probaten einen Eid darüber zu verlangen, ob er nicht aus Chikane und im Bewußtseyn der Wahrheit der zu beweisenden Facta den Beweis verlange. Nur müßte dann in allen Fällen die Delation des Haupteids als Beweismittel ganz wegfallen, da in allen Fällen, wo ein solcher Gefährdeeid vom Probaten geleistet worden wäre, dieser entweder das Nichtvorhandenseyn des zu beweisenden Factums oder sein Nichtwissen schon beschworen hätte, in beiden Fällen aber von der Annahme des deferirten Eides frei ist. Doch hätte auch diese Eidesart den gemeinschaftlichen Fehler aller Gefährdeeide, daß sie leicht zum Meineide reizen. —

Zweiter Abschnitt.

Vom Eide, insbesondere dem jurejurando judiciali, im römischen Rechte.

§. 10.

Vom jusjurandum voluntarium, necessarium und judiciale.

Wenn man unter Haupteid im weitern Sinne denjenigen Eid verstehen will, welcher von einem der streitenden Theile zur Entscheidung des ganzen Streites oder irgend eines Streitpunktes geschworen wird, so haben die Römer zwei Arten des Haupteides gekannt, den von den Parteien angetragenen, und den von dem Richter aufgelegten, [10]) wovon aber der erstre sowohl vor Gericht als außergerichtlich vorkommen konnte, so daß durch eine Unter-Abtheilung drei Arten des Haupteides entstanden. Hierauf bezieht sich wahrscheinlich die Aufschrift zum Tit. 2. D. XII. de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali, welche um so mehr zum Streite über ihren Sinn Anlaß geben mußte, als diese Aus-

---

10) Gajus in l. 1 D. h. t. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae. — L. 12 Cod. pr. de reb. cred. (4. 1). Omne igitur juramentum, sive a judicibus, sive a partibus illatum, etc. —

drücke in den classischen Fragmenten selbst eben so wenig als in den Constitutionen des Codex irgendwo gebraucht, also bloße Erfindung der Compilatoren sind. Man darf übrigens wohl annehmen, daß unter dem jusjurandum voluntarium der außergerichtliche Vergleichseid, unter dem jusjurandum necessarium der vom Richter aufgelegte Eid, und endlich unter dem jusjurandum judiciale der vor Gericht von der Gegenpartei deferirte Eid zu verstehen sei.[11]) Wie dem sei, so ist soviel gewiß, daß den Römern alle drei Arten bekannt waren. Von dem vom Richter aufgelegten Eide kommt eine Stelle von Gajus vor, worin es heißt: solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando secundum eum judicare, qui juraverit (l. 31 D. h. t.). Ebenso schreiben die Kaiser Diocletian und Maximian (in l. 3 Cod. de reb. cred. 4. 1) vor: In bonae fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet. Nähere Grundsätze über dieses von Tribonian und auch von den heutigen Juristen sogenannte jusjurandum necessarium finden sich indeß im römischen Rechte nicht, es ist viel=

---

11) Der außergerichtliche Vergleichseid, aber auch nur er verdient in jeder Hinsicht den Namen eines freiwilligen Eides; er ist es sowohl von Seite des Anbietenden, als des Annehmenden, des Inhalts sowohl als der Form, und selbst der Person des Schwörenden; bei den Römern scheint es sogar nicht ganz ungewöhnlich gewesen zu seyn, daß die anbietende Partei sich selbst zum Eide erbot (Quinctilian in der Nota 8 citirten Stelle). Umgekehrt erscheint der vom Richter aufgelegte Eid, aber auch er allein als ein durchaus nothwendiger, von dem Willen der Parteien unabhängiger; auch für den, dem er aufgelegt ist, gibt es keine Wahl, als zu schwören, oder — zu verlieren. Dagegen ist der vor Gericht der Gegenpartei deferirte Eid, den diese annehmen oder referiren muß, weder ein durchaus freiwilliger, noch ein durchaus nothwendiger, das erstre nicht, weil ihn der Delat nicht schlechthin ablehnen kann, das letztre nicht, weil seine Delation von dem Willen des Deferenten abhängt, und weil selbst dem Delaten doch noch die Wahl zwischen Abschwörung und Relation gelassen ist; auch der referirte Eid ist nicht eigentlich ein nothwendiger, denn, wenn gleich der Relat keine Wahl hat, als zu schwören, so beruht derselbe doch am Ende auf dem Willen des Deferenten, der auf die Gefahr der Relation hin die Delation wagte, und ebenso auf dem Willen des Referenten, der ja selbst hätte schwören können, wenn er gewollt hätte. Der von den Parteien vor Gericht deferirte Eid bildet daher als jusjurandum judiciale das Mittel zwischen dem voluntarium und necessarium.

mehr alles dem arbitrium judicis überlassen.[12]) — Der außergerichtliche Vergleichseid war ohne Zweifel schon früher bei den Römern bekannt,[13]) als der gerichtliche Eid, der jenem wahrscheinlich seine Entstehung zu verdanken hat, doch sind nur einige Stellen in unsern Quellen vorhanden, die von ihm ex professo handeln, weil die Folgen seiner Ableistung ganz denen des gerichtlichen, besonders in jure geschwornen Eides gleich sind, seine bloße Delation aber noch gar keine besondern Folgen hat, sondern wie jeder Vergleichsantrag angenommen oder ausgeschlagen werden kann.[14]) Doch mögen so manche Stellen, die von den Folgen des geleisteten Eides im Allgemeinen sprechen, im ursprünglichen Zusammenhange der Schriften, aus denen sie genommen sind, gar wohl vom reinen Vergleichseide geschrieben gewesen seyn, wie denn überhaupt die in dem gegenwärtigen Digestentitel herrschende große Confusion das Studium der ganzen Lehre vom Eid, in der man sich, besonders was das alte Recht betrifft, zum Theil kaum anders als durch Conjecturen

---

12) Das jusjurandum in litem wird vom Richter aufgelegt, ist daher ein necessarium. (Deferre autem jusjurandum judicem oportet. Ulpianus in l. 4 §. 1 D. XII. 3.)

13) Wie frühe die Römer sich schon des Eides bei Rechtshändeln bedienten, zeigt eine Stelle bei Dionysius v. Halikarnaß Antiq. Rom. II (Ed. Sylb. pg. 134), wo es von Numa heißt: Primus omnium fidei publicae templum sacravit, assignatis ex aerario aedificiis, quemadmodum diis ceteris. Publicus enim civitatis mos in fide hominibus constanter servanda privatorum etiam hominum mores ad idem studium progressu temporis erat conformaturus. Adeo certe venerabilis et inviolabilis ea res est habita, ut sua cuique fides pro sanctissimo jurejurando et longe firmissimo testimonio fuerit, et quoties alter cum altero contractum fecisset, si qua exorta esset controversia, eam alterius litigantium fides dirimebat, nec contentionis studium longius progredi sinebat, quin et magistratus et judices in dubiis causis plerumque ex alterius fide ac sacramento faciebant arbitrium.

14) Ulpian in l. 5 §. 4 h. t. Si neque juratum, neque remissum est jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset. — Paulus l. 17 pr. h. t. Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.

helfen kann, gar sehr erschwert. [15]) — Was endlich den gerichtlichen Eid betrifft, so handeln von demselben die meisten Stellen, es vermehren sich aber auch die Schwierigkeiten für die Darstellung des ältern Rechtes dadurch, daß die Compilatoren die auf das jusjurandum in jure und in judicio delatum bezüglichen Stellen der Pandektenschriftsteller, weil der alte ordo judiciorum privatorum zu ihrer Zeit längst untergegangen war, ohne alle Unterscheidung durcheinander werfen, während doch bei tieferem Eindringen sich zeigt, daß zwischen beiden so manche Verschiedenheiten Statt gefunden haben müssen. Uebrigens gehören zum jusjurandum judiciale nicht alle in jure oder judicio deferirten Eide, sondern nur diejenigen, deren Delation den Delaten zur Annahme oder Relation derselben verbindet; andre, wenn sie angenommen werden, behalten auch dann die Natur eines Vergleichseides, wenn sie vor Gericht abgelegt werden, denn nicht der Ort, sondern die rechtliche Wirkung macht begreiflich das unterscheidende Merkmal für den Juristen aus. In den folgenden §§. dieses Abschnittes soll nun allein vom alten römischen jusjurandum judiciale in jure sowohl als in judicio nach Lage der Quellen die Rede seyn; das heutige gemeine Recht vom Haupteid mit seinen Controversen bleibt dem dritten Abschnitte vorbehalten.

§. 11.

Vom jusjurandum judiciale insbesondere.

Das jusjurandum judiciale oder der Haupteid im engern Sinne unterscheidet sich vom jusjurandum necessarium dadurch, daß es von der Partei der Gegenpartei deferirt, letztres aber vom Richter einer der Parteien aufgelegt wird; vom jusjurandum voluntarium oder extrajudiciale aber durch die Wirkungen der Delation, indem letztres von dem Delaten angenommen oder ausgeschlagen werden kann, erstres aber, wenn es den Gesetzen gemäß deferirt ist, und Deferent auch das

15) Ein neuerer Jurist behauptet nicht mit Unrecht, am schwierigsten sei zu sagen, ob über die Beziehung der einzelnen Stellen schon die Compilatoren der justinianeischen Sammlungen in Zweifel gelegen seien, oder ob sie nur durch ihre confuse Darstellung die Spätern dazu verleiteten (Bernhard vom Eidesantrage über fremde Handlungen. München 1823. §. 11). Mir scheint das Erstre anzunehmen.

jusjurandum propter calumniam nicht weigert, geschworen oder referirt werden muß, widrigenfalls die poena confessi den Delaten trifft.[16])

Daß übrigens das jusjurandum judiciale sowohl in dem Verfahren in jure als in judicio vorkam, kann aus den Quellen mit Bestimmtheit, wie mir es scheint, nachgewiesen werden. Bei der Ausscheidung der Quellen muß man folgende Regeln zu Hilfe nehmen: Von einem jusjurandum in jure delatum handeln alle diejenigen Stellen, welche von einer aus dem jusjurandum entspringenden actio in factum ad similitudinem rei judicatae und exceptio jurisjurandi sprechen, die an Stelle der exceptio rei judicatae trete,[17]) deßgleichen diejenigen, die den Eid als einen Vergleich erklären, wodurch der Delat zum Richter in eigner Sache gemacht werde,[18]) und worin gesagt wird, daß der Praetor dem jurare nollenti kein judicium geben werde;[19]) dagegen können diejenigen nur von einem jusjurandum in judicio delatum handeln, die von einer durch den judex auf den Eid zu bauenden Sentenz sprechen.[20]) Da das jusjurandum

---

16) Paulus in l. 38 D. h. t. Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

17) Tryphon. in l. 29 h. t. Quod si juravi, te deferente, non jurasse te, dare tibi oportere, adversus utilem actionem, qua hoc quaeritur, an juraveris, opponenda est exceptio jurisjurandi perimentis quaestionem actione comprehensam; und andere Stellen.

18) Ulpianus in l. 1 D. 44. 5. Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet, non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.

19) Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat jusjurandum, et si is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei praetor non dabit. Ulpianus in l. 34 §. 7. h. t.

20) Paulus l. 25 §. 3 D. 22. 3. Jn omnibus autem visionibus, quas praeposuimus, licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex, juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendae religionis ei servando.

Ulpianus l. 21 D. 4. 3. Quodsi deferente me juraveris, et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pom-

in jure delatum zur Zeit des alten ordo judic. privat. die Regel gebildet zu haben scheint, und das jusj. in judicio delatum gewiß jünger ist und seltner vorkam, so will ich erst die römischen Grundsätze über jenes ausführlicher abhandeln, und dann in Bezug auf dieses die Unterscheidungspunkte kürzer zusammenfassen; zum Schlusse dieser Lehre aber von den durch die Verschmelzung von jus und judicium herbeigeführten Veränderungen sprechen.

§. 12.

Vom jusjurandum in jure delatum.

Das jusjurandum in jure delatum trat, wenn es geschworen wurde, an Stelle der Litiscontestation und des Urtheils, daher auch die Delation desselben für denjenigen nicht bindend war, der nicht litem zu contestiren brauchte (l. 28 §. 2 de judic. und l. 35 §. 2 h. t.), und das jusj. selbst gleich der L. C. die actio temporaria perpetuirte (l. 9 §. 3 h. t.). War derjenige, der es schwur, der Kläger, so erhielt er eine actio in factum zur Einklagung der nun vollkommen liquiden Foderung, bei der er nichts, als daß er geschworen, zu beweisen brauchte,[21]) und die ganz

---

ponius autem per jusjurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus l. 8 Dig. probat; stari enim religioni debet. — Ulpianus l. 34 §. 9 h. t. Cum res in jusjurandum demissa sit, judex jurantem absolvit, referentem audiet, et, si actor juret, condemnet reum, nolentem jurare reum, si solvat, absolvit; non solventem condemnat; ex relatione non jurante actore absolvit reum. (Den §. 8 eod. will ich wegen des darin vermutheten Emblems gar nicht anführen, obgleich diese Vermuthung jetzt als zu voreilig wegfallen dürfte. Vergl. Kellers klassisches Werk über Litiscontestation und Urtheil. S. 50. Nota 22. Vergl. über diese Stelle auch Malblank §. 42.)

21) Tryphonius l. 29 h. t. Quodsi juravi, te deferente, non jurasse te, dare tibi oportere, adversus utilem actionem, qua hoc quaeritur, an juraveris, tibi dari oportere, opponenda est exceptio jurisjurandi perimentis quaestionem actione comprehensam. (Vergl. auch l. 11 §. 3 eod. u. §. 11 J. de actionibus.)

mit der actio judicati dieselbe Wirkung hatte[22]); hatte aber der Beklagte die Klage abgeschworen, so erhielt er die exceptio jurisjurandi, die er jeder neuen Klagstellung entgegensetzen konnte, und die daher der exceptio rei judicatae entsprach. (Vergl. Note 21.) Weigerte der Delat den Eid, ohngeachtet der Deferent sich zum Gefährdeeid bereit erklärte, und wollte auch nicht referiren, so wurde er vom Prätor zu zahlen gezwungen.[23]) Schwur der Deferent den referirten Eid nicht, so wurde ihm kein judicium gegeben[24]); dasselbe fand statt, wenn der Deferent das jusjurandum propter calumniam nicht leistete[25]). Aus dem Bisherigen ist es leicht erklärlich, worauf so viele Stellen hindeuten, warum nämlich das jusjurandum in jure delatum gewöhnlich auf den ganzen Streit gieng, weil es nämlich an Stelle des Urtheils trat, und den ganzen Streit beendigen sollte. Zur Entscheidung des ganzen Streites gehört nun freilich das Rechtliche ebensowohl, als das Factische der Streitfrage, und der Eid war daher meist ganz allgemein ausgedrückt[26]). Allein demohn=

---

22) Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem, quam res judicata. l. 2. D. h. t. Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet. l. 1. D. 44. 5. Diese Stellen sind von Paulus und Ulpian.

23) Ulpianus in l. 34. §. 6. h. t. Ait Praetor: „Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam." Alterum itaque eligat reus, aut solvat, aut juret. Si non jurat, solvere cogendus erit a praetore.

24) Ulpianus in l. 34 §. 7 h. t. Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat jusjurandum, et si is, qui petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei praetor non dabit; aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit. Sed nec jusjurandum de calumnia referenti defertur, quia non est ferendus actor, si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia sibi velit jurari.

25) Si non fuerit remissum jusjurandum ab eo, qui detulerit, sed de calumnia non juratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio; sibi enim imputet, qui processit ad delationem jurisjurandi, nec prius de calumnia juravit, ut sit iste remittenti similis. Ulpianus in l. 37 h. t.

26) Z. B. in potestate mea te non esse (l. 3. §. 2 D. h. t.); dari sibi oportere (l. 9 §. 1 eod.); sibi decem dari oportere (l. 9. §. 5 eod.); rem suam esse (l. 9 §. 7. eod.); usumfructum alicujus rei vel meum esse vel dari mihi oportere (l. 11. §. 2 eod.); hereditatem meam esse (l. 11. §. 3 eod.);

geachtet ist es nicht wahrscheinlich, daß der Delat, wenn das Recht an sich noch streitig war, schuldig gewesen sei, einen auf dieses mit gerichteten Eid anzunehmen oder zu referiren, was mit der Natur der Sache zu sehr im Widerspruche stünde, als daß man es dem juristischen Sinne der Römer zutrauen dürfte. Facta, die ich behaupte, zu beschwören, kann man mir, wenn ich kein temere litigans seyn will, wohl zumuthen, aber ich kann, ohne muthwillig zu streiten, einen Prozeß führen, wenn ich gleich selbst über das Rechtliche der Frage im Zweifel bin; der Richter ist eben da, mir den Zweifel zu nehmen und an seine Stelle eine, wenn auch nur formelle Rechtsgewißheit zu setzen. Niemand will jus suum temere indefensum relinquere. (l. 40 pr. D. 5. 3). Gewöhnlich mag nur da der Streit durch Eidesdelation in jure entschieden worden seyn, wo das Rechtliche, wenn nur das demselben unterstellte Factum erst bewiesen war, keinen Anstand mehr litt, und da konnte man dann ohne Gewissensbeschwerung den Eid so allgemein fassen, wie wir oben gesehen haben; wo dieß aber nicht der Fall war, und auch über das Rechtliche der Frage noch Streit bestand, mag dagegen die Delation für den Delaten nicht bindend gewesen seyn, daß ihm jedoch frei stand, sich darauf einzulassen, wenn er wollte, ist natürlich, nur war der Eid dann ein reiner Vergleichseid, die Folgen aber blieben freilich dieselben, und hier konnte es selbst vorkommen, daß ein an sich unmögliches Recht beschworen wurde [27]). Indeß

---

se libertum ejus non esse (l. 13 pr. eod.); dare se non oportere (l. 13 §. 6 eod.); nihil mihi praestare oportere (l. 28 §. 2 eod.); decem dotis sibi deberi (l. 30 §. 2 eod.); se dare non oportere (l. 42 eod.), und noch viele andere Stellen, von denen jedoch viele ursprünglich nur vom reinen Vergleichseid mögen gesprochen haben, die in ihrer jetzigen Losgerissenheit sich eben so gut von jenem, als vom jusjurandum in jure verstehen lassen, weil sie nur von den Folgen des geleisteten Eides handeln.

27) Ein merkwürdiges Beispiel gibt Ulpianus l. 11. §. 2. h. t. Item si juravero, usumfructum alicujus rei vel meum esse, vel dari mihi oportere, eatenus mihi competit actio, quatenus, si vere usumfructum haberem, duraret; quibus vero casibus amitteretur, non competit mihi actio. Sed si rerum, in quibus ususfructus propter abusum constitui non potest, juraverit usumfructum se habere, vel sibi deberi, effectum jurisjurandi sequendum arbitror, ideoque tunc quoque videri eum recte jurasse puto, et ex eo jurejurando posse petere usumfructum, cautione oblata.

kommt es auch vor, daß der Eid auf ein bloßes Factum gerichtet ist[28]), und hier war es dann wohl eben so viel, als wäre der Eid auf das ohnehin schon unstreitige Recht mitgerichtet gewesen, der Streit war in jedem Falle mit dem Eide zu Ende. Auf diese Weise lassen sich alle einschlägigen Stellen erklären, ohne den Römern die so unjuristische Verbindlichmachung der Eidesdelation über streitige Rechtsfragen zumuthen zu müssen. — Manche Schwierigkeiten bietet auch die Frage dar, ob beide Theile dazu berechtigt gewesen seyen, den Streit durch Eidesdelation in jure zu enden, oder nur der actor allein. In l. 3 pr. D. h. t. sagt Ulpian: Ait Praetor: Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit. Eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum; derselbe Ulpian führt auch in l. 34. §. 6 eod. eine andere Stelle des prätorischen Edikts an: Ait Praetor: Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam; das ganze Edikt aber lautet nach Noodts (Comment. in Dig. h. t. Tom. II. Oper. pag. 284) Restitution so: Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam, si is, qui petet jusjurandum, paratus sit jurare, non calumniae causa id se postulare; si jusjurandum referre malet, quam jurare, potestatem faciam. Si is, qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo. Hier hat der Prätor offenbar überall nur den actor als Deferenten im Auge; nur vom reus als Delaten kann er sagen: Jurare aut solvere cogam, nur vom actor als Relaten: judicium ei non dabo, denn dem reus würde nur eine Gefälligkeit geschehen seyn, wenn er ihm kein judicium bestellt hätte. Der Zusatz bei Paulus recept. sent. II. 1 §. 1. Hoc enim et compendio litium et aequitatis rationi prosum est, könnte freilich ebensogut auf beide gehen, bleibt aber auch wahr, wenn das Edikt nur vom Kläger spricht, und aus dem, was Paulus weiter beifügt (Deferre jusjurandum prior actor potest, contrarium autem de calumnia jusjurandum reo competit. Si reus cum jurare velit, actor ei necessitatem jurisj. re-

---

28) Z. B. An praegnans sit mulier, vel non sit (l. 3 §. 3 h. t.); furtum se non fecisse (l. 13 §. 2 eod.); vendidisse me ei rem centum (l. 13 §. 3 eod.); societatem fecisse (l. 13 §. 4 eod.); ob decem pignori dedisse fundum (l. 13 §. 5 eod.); se non rapuisse (l. 28 §. 5 eod.); se non esse condemnatum (l. 28 §. 8 eod.); non jurasse te, dare tibi oportere, und dergl. mehr.

misit, et hoc liquide appareat, actio in eum non datur) geht die Uebereinstimmung mit den Worten des Prätor klar hervor. Dagegen ist in dem gegenwärtigen Pandektentitel bald von einem Schwure des Berechtigten, bald von einem solchen des Verpflichteten die Rede[29]), und können die Stellen, welche von einem jusjurandum des Berechtigten handeln, zwar zum Theil auch von einem aussergerichtlichen, oder referirten Eide, zum Theil aber auch nur von einem vor Gericht und zwar in jure deferirten Eide verstanden werden[30]); allein diese letztern lassen sich doch alle von einem gerichtlichen reinen Vergleichs-Eide, d. h. einem solchen deferirten Eide, den der Delat freiwillig acceptirt, verstehen, und können in ihrer Abgerissenheit nicht gegen die klaren Worte des Prätor sprechen. Noch weniger kann der Grund etwas beweisen, daß ein Vergleichs-Antrag von jedem der streitenden Theile ausgehen kann (vergl. Mayer, Theorie des Civilproz. S. 383); denn nicht ob deferirt werden könne, ist die Frage, sondern ob der Delat das jusjurandum annehmen oder referiren müsse, denn dieß ist der Punkt, wo das eigentliche jusjurandum judiciale vom Vergleiche abweicht, und das Gesetz kann allerdings auch blos dem reus diese beschränkende Verpflichtung aufgelegt haben. Ueberhaupt ist dadurch, daß unsere neuen Juristen den reinen Vergleichseid vom eigentlichen jusjurandum judiciale oder dem bei ihnen so genannten freiwilligen Haupteid nicht überall genug geschieden haben, im Einzelnen manche Verwirrung der Begriffe entstanden, die dem aufmerksamen Leser der Abhandlungen über diese Lehre in den Schriften der Prozeßlehrer nicht wohl entgehen kann. — Noch einen nicht unbedeutenden Beweis dafür, daß nur der actor das eigentliche jusjurandum judiciale deferiren konnte, gibt die Stelle

---

29) 3. B. l. 3 §. 2; l. 9 §. 1, 5 u. 6; l. 11 pr. u. §. 1; l. 13 pr. u. §. 2; l. 14, l. 23, l. 26 §. 1; l. 28 §. 2 u. 5 — 8; l. 42 h. t., u. m. sprechen von einem Eide des Verpflichteten; dagegen l. 9 §. 3 u. 7; l. 11 §. 2; l. 13 §. 3 — 5; l. 14, l. 22, l. 25, l. 28 §. 9 — 10, l. 30 pr. u. §. 1 h. t. u. m. von einem Eide des Berechtigten. Vergl. auch l. 8 Cod. 4. 1.

30) Ulpian in l. 9 §. 3 h. t. Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit jusjurandum, ut jurem, eum dare oportere, egoque juravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.

bei Quinctilian[31]), die man bekanntlich zum Beweismittel hat gebrauchen wollen, daß den Römern das Institut der sogenannten Gewissensvertretung auch schon bekannt gewesen sey. Denn diese Stelle sagt eigentlich nur, daß derjenige, der zu beweisen hatte, wenn ihm der Eid angetragen wurde, sich darauf, wenn er nicht wollte, nicht einzulassen brauchte, sondern statt dessen seinen Beweis immerhin führen konnte, nicht vermöge eines besondern Instituts, von dem die Quellen nirgends etwas erwähnen, sondern der Natur der Sache nach, weil es für den Kläger kein jusjurandum judiciale gab. Dieß vorausgesetzt, gibt sich die Bemerkung Quinctilians so von selbst, daß sie in einem juristischen Buche höchst überflüssig würde erschienen seyn; Quinctilian will auch nur Regeln geben, wie man den Eid auf honette Weise zurückweisen könne, denn alle jene Ausflüchte würden nichts geholfen haben, und von Quinctilian gewiß nicht beigebracht worden seyn, wenn der Kläger sich rechtlich auf die Delation hätte einlassen müssen. Es scheint daher angenommen werden zu dürfen, daß die Eidesdelation nur dem actor zustand, und dieß wird um so wahrscheinlicher, als die Römer bei dem jusjurandum judiciale doch stets auch seine Natur als Beweismittel im Auge hatten[32]). War das jusjurandum in jure delatum oder der mit demselben gleiche Folgen äussernde reine Vergleichseid, in soferne er sich nur auf die ganze Sache bezog, geschworen, so wurde der Streit als verglichen angesehen, und das

31) Quinctiliani inst. orator. V. 6. Atis, qui defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat, et eum, cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari, quam suo malit. Quo difficillior recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse. Quae excusatio si deerit, hoc unum relinquetur, ut invidiam sibi quaeri ab adversario dicat, atque id agi, ut in causa, in qua vincere non possit, queri possit. Itaque hominem quidem malum occupaturum hanc conditionem fuisse, se autem probare malle, quae affirmet, quam cuiquam dubium relinquere, an pejeraverit.

32) Ulpianus in l. 5 §. 2 D. h. t. Dato jurejurando non aliud quaeritur, quam an juratum sit, remissa quaestione, an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando. l. 11. §. 3 eod. perindeque haberi, quod juratum est, atque si probatum esset. Paulus in l. 35 pr. h. t. Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audiendus est.

jusjurandum wird daher durchaus als species transactionis erklärt (l. 2. h. t.); daher es denn auch gar nicht darauf ankam, ob der Schwörende sonst eine eidesfähige Person war, und dem Eid eines Unmündigen, wenn gleich sonst ungiltig, ganz dieselbe Wirkung gegeben wurde [33]); man begnügte sich, den Unmündigen selbst dadurch zu sichern, daß man ihn durch die Delation nicht zur Annahme oder Relation gehalten erklärte [34]). Ebenso ist auch den Grundsätzen der transactio gemäß bestimmt, daß selbst der Meineid, auch wenn er offenbar wäre, die einmal durch Eid entschiedene Sache nicht wieder aufzunehmen berechtige [35]), weil der Deferent von dem Eid des Delaten unbedingt des Streites Entscheidung abhängig gemacht hat. Aus dem Grundsatze, daß sich durch das jusjurandum verglichen sey, folgte, daß dasselbe als eine novatio angesehen werden mußte, und gleich dieser als solutio und delegatio vorkommen konnte;[36]) auch mußte der Eid, wie die res judicata, die er an Wirksamkeit noch übertrifft [37]), einen Verjährungstitel geben [38]). Von welch großer Ausdehnung übrigens der Gebrauch der Eidesdelation bei den Römern gewesen sey, läßt sich daraus abnehmen, daß selbst, wenn darüber gestritten wurde, ob in einer Sache sich durch den wirklich geleisteten Eid verglichen sey, auch hier wieder die Eidesdelation vor-

---

33) Paulus in l. 26 pr. h. t. Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus aetatisve sit; omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret, fuit, quamvis pupillus non videatur pejerare, quia sciens fallere non videatur.

34) Ulpianus in l. 34 §. 2 D. h. t. Pupillo non defertur jusjurandum. Die l. 4 D. 12. 3 gehört nicht hieher, da sie nur vom jusjur. in litem handelt.

35) l. 21 u. 22 D. de dolo malo (4. 3), welche sich zwar zunächst auf das jusj. in judicio delatum bezieht, aber per analogiam auch auf das jusj. in jure Anwendung finden muß.

36) Paulus in l. 26 §. 2 h. t. Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii. Gajus in l. 27 eod. Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.

37) Vergl. die l. 1 D. 44. 5. in nota 18 u. l. 2 D. h. t. in nota 22. Dem Eid wird größere Kraft zugeschrieben, als die res judicata hat, weil er weniger leicht durch ausserordentliche Rechtsmittel bekämpft werden kann. Vergl. jedoch l. 9 §. 4 u. 5 h. t.

38) l. 13. §. 1 h. t. von Ulpian.

kam. (Vergl. nota 21.) Quinctilian, nachdem er die Eidesdelation, wodurch man den Gegner selbst zum Richter mache, als etwas sehr Hochherziges erklärt hat, sagt aber doch, ältere Praktiker hätten ihm in seiner Jugend davon abgerathen[39]; zu ihrer Zeit mag denn freilich die Treue der alten republikanischen Römer, die Hauptursache der großen Ausdehnung des Gebrauchs der Eide, schon ziemlich ausser Cours gekommen seyn. Ein schöner Zug des römischen Charakters aber ist die, wie es scheint nicht selten vorgekommene Remission der wirklichen Ableistung des Eides, wenn sich der Gegner dazu bereit erklärt hatte[40]. Die Römer nannten dieß jurisjurandi gratiam facere, und ist die Sitte der Remission wohl der klarste Beweis, daß nicht, wie Malblank *glaubt*, in der Genugthuung, die in der den Meineidigen treffenden göttlichen Strafe liegt, sondern in Treu und Glauben allein die Einführung und Allgemeinwerdung der Eidesdelation gegründet war. Uebrigens konnte der Eid ohne alle Förmlichkeiten, auch in einem Briefe, und selbst ignorantibus und absentibus remittirt werden[41]; nur Pupillen verbot das Gesetz *weislich* die Remission[42].

§. 13.

Vom jusjurandum in judicio delatum.

Ob ein Eid, der, auf die ganze Streitfrage gerichtet, einen Vergleich über die ganze Sache bilden und an Stelle des Urtheils treten sollte, auch in judicio noch deferirt werden konnte, diese Frage kann doppelt verstanden werden. Meint man damit einen reinen Vergleichseid, so hat es keinen Anstand, denn vergleichen können sich die Parteien gewiß in jedem Stadium des Prozesses; will man sie aber von einem eigentlichen jusjurandum judiciale verstehen, so wird die Sache allerdings bedenklicher. Die Stellen, welche unzweifelhaft von einem jusjur. in judicio delatum sprechen (vergl. nota 20), sprechen nur von einem sol-

---

39) Sed nobis adolescentibus seniores in agendo facti praecipere solebant, ne unquam jusjurandum deferemus. (Inst. orat. V. 6.)

40) l. 6 h. t.

41) l. 41 h. t.

42) l. 32 h. t.

chen Eide, welcher das Urtheil nicht überflüssig machen, sondern vorbereiten soll, und das prätorische Edikt sagt ausdrücklich, wenn der Relat nicht schwöre, werde ihm der Prätor kein judicium geben, hat also offenbar nur ein jusjurandum in jure delatum im Sinne; überhaupt scheint das jusjurandum in judicio delatum in neuerer Zeit erst aufgekommen zu seyn, und seinen Grund in der Nothwendigkeit eines letzten Beweismittels zu haben, während das ältere jusjurandum in jure delatum die schnelle Beendigung des Streites mit Umgehung des langwierigen Beweisverfahrens in judicio bezweckt. Es scheint daher ein jusjurandum judiciale mit so ausgedehntem Umfange und solcher Wirksamkeit, wie das in jure vorkommende, dem Verfahren in judicio überhaupt fremd gewesen zu seyn. Wäre übrigens ein solches das judicium selbst ersetzende jusjurandum in judicio als eigentliches jusjurandum judiciale noch zulässig gewesen, so wäre es hinsichtlich der Folgen der Delation sowohl, als der wirklichen Leistung ganz dem jurejur. in jure gleichzustellen. Anders ist es mit demjenigen jusjurandum in judicio delatum, von welchem Paulus l. 25 §. 3 de probat. (nota 20) spricht, welches dem Verfahren in judicio eigenthümlich angehört, und von dem wir hier eigentlich zu handeln haben. Dasselbe tritt nicht an Stelle von Litiscontestation und Urtheil, sondern erscheint als Vergleich über ein zu beweisendes Faktum, von dessen Beweis oder Nichtbeweis das Urtheil ganz oder zum Theile selbst abhängig ist, daher die Grundsätze über das jusjurandum in jure delat. nur in soferne darauf anzuwenden sind, als sie nicht auf die Gleichstellung desselben mit der res judicata sich beziehen; eine actio in factum entspringt daraus eben so wenig, als die exceptio jurisjurandi, sondern es folgt ein Urtheil, und aus diesem die actio judicati und exceptio rei judicatae. Daher auch hier auf die Natur des Eides als Beweismittel (und nur nebenbei auf seine Natur als Vergleich, die ihm freilich noch immer bleibt) hauptsächlich Rücksicht genommen wird; während dort der Vergleich die Hauptsache ist, die Natur als Beweismittel aber nur hie und da nebenbei bemerkt wird. Daß übrigens auch hier die Grundsätze von der Pflicht zu jurare aut referre galten, wenn man nicht pro confesso gelten wollte, ist aus den (nota 20) citirten Stellen durchaus klar. Daß auch hier nur der actor, oder richtiger (weil ja auch reus excipiendo actor werden konnte) der Probant den Eid deferiren könne, stimmt mit den citirten Stellen sowohl (cui onus probationis incumbit), als mit der Analogie des jurisjur. in jure delat., die überall sehr groß ist, überein, und hat noch überdieß die hier besonders berücksichtigte Natur des Eides als Beweismittel für sich. Daß aber

hier nur über Facta und zwar nur über relevante Facta (de rei veritate, sagt Paulus) der Eid deferirt werden konnte, geht schon daraus hervor, weil der Eid zur Vorbereitung des richterlichen Urtheils dienen sollte, und jura nicht bewiesen zu werden brauchen. Uebrigens mag der Eid, den wir hier als jusjurandum in judicio delatum bezeichnet haben, und der seinem innern Wesen nach von dem jurej. in jure delato so verschieden ist, vielleicht auch schon in jure zuweilen als Vorbereitung für das judicium geschworen worden seyn.

§. 14.

Das römische Recht nach Aufhebung des alten ordo judiciorum privatorum.

Als nach dem Untergange des alten ordo judiciorum privatorum das Verfahren in jure und in judicio in Eins vereiniget waren, scheinen dennoch beide Arten des jusjurandum judiciale einige Zeit fortwährend im Gebrauche geblieben zu seyn. Dafür spricht nicht sowohl, daß Justinian noch so viele Stellen, die sich unzweifelbar auf das jusjurandum in jure delatum beziehen, in seine Sammlung mit aufnehmen ließ, sondern besonders auch mehre Constitutionen des Codex aus Diocletians Zeit, worin von einem jusjurandum die Rede ist, woraus eine actio in factum entspringt. Z. B. l. 8 Cod. h. t. (4. 1): Actori delato vel relato jurejurando, si juraverit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem judicati in factum actio competit. Doch mag diese Stelle von einem reinen Vergleichseide zu verstehen seyn, weil darin von einem jusjurandum actoris die Rede ist. Noch mehr beweist aber die l. 9 eod., wo es heißt: Delata conditione jurisjurandi reus, si non per actorem, quominus de calumnia juret, steterit, per judicem solvere vel jurare, nisi referat jusjurandum, necesse habet. Hier ist von einem jusjurandum judiciale, und zwar mit den Folgen der Delation des jusjurandum in jure delat. *solvere vel jurare*) die Rede, und statt des Prätor des judex (*per judicem solvere vel jurare necesse habet*) erwähnt, also auf den neuen Zustand der Dinge hingewiesen. Zweifelhaft bleibt es indeß, ob in jedem Stadium des Prozesses auf das jusjurandum

nach den Grundsätzen des alten jusj. in jure delatum, welches an Stelle des Urtheils träte, angetragen werden konnte; wahrscheinlicher und der alten Ordnung analoger ist es wohl, daß die Delation eines Eides mit so ausgedehnter Wirkung nur so lange als bindend anerkannt werden mußte, als man noch im Stadium des ersten Verfahrens sich befand, und noch nicht zur Beweisführung vorgerückt war. Ueberhaupt aber ist gewiß in der Zeit nach Diocletian jener ausgedehnte Eidesantrag immer seltener geworden, wie denn auch die l. 11 — 13 Cod. h. t. von Justinian beinahe durchaus nur denjenigen Eid im Auge haben, welchen wir als jusjurandum in judicio delatum kennen gelernt haben, und der als Beweismittel im Stadium des Beweisverfahrens vorkam. Das alte jusjurandum in jure delatum hing zu sehr mit dem alten ordo judiciorum privatorum zusammen, als daß es, nachdem derselbe gefallen war, sich lange im Gebrauche hätte erhalten können; die Compilatoren aber nahmen die darauf bezüglichen Stellen gewiß nicht sowohl wegen damaliger hoher praktischer Wichtigkeit der Sache, als vielmehr entweder wegen der daraus zu ziehenden Analogie für das noch gebräuchliche jusjurandum in judicio delatum, oder in der ihnen auch sonst wohl eigenen Bewußtlosigkeit in die Digesten auf. Hat doch auch Justinian im Institutionentitel de Exceptionibus (4. 13) eine Definition der Exceptionen dem Gajus gutmüthig nachgeschrieben, die schon zur Zeit der spätern Pandektenschriftsteller Antiquität geworden war, zu seiner Zeit aber vollends gar nicht mehr paßte. Dieß alles hindert jedoch nicht die Nothwendigkeit, zuzugeben, daß, nachdem die Grundsätze jener ausgedehnten Eidesdelation, wie sie ehedem in jure vorkam, im Justinianeischen Rechte wieder aufgenommen sind, eine solche auch nach heutigem Rechte noch zulässig seyn würde, wenn Jemand darauf verfallen sollte[43]). Es dürfte indeß dieß in Deutschland kaum einmal geschehen seyn, und was wir unter dem Namen des jusjurandum litis decisorium oder des freiwilligen Haupteides kennen, ist in der That nichts anderes, als das,

---

43) Bayer (Vorträge S. 402) glaubt, in der l. 12 Cod. h. t. sey von Justinian ausgesprochen, daß in keinem Falle mehr durch den Eid das Urtheil überflüssig werde, allein die Stelle sagt nicht mehr, als, daß, wenn der Eid blos über Beweissätze deferirt, mithin noch ein Urtheil nöthig sey, dieß durch die Appellation über den Eid nicht aufgehalten werden solle; über jene Fälle, wo das Urtheil ohnehin wegfällt, hatte Justinian nicht nöthig, zu rescribiren. Zu-

durch kanonisches Recht, den Gerichtsgebrauch und die im gemeinen Prozeß-Rechte vielleicht allzumächtig gewordene opinio doctorum vielfach modifizirte alte jusjurandum in judicio delatum. Von dem heutigen gemeinen Rechte über den freiwilligen Haupteid soll nun im dritten Abschnitte die Rede seyn, hie und da mit Nebenbemerkungen über den aussergerichtlichen oder reinen Vergleichs-Eid.

---

dem hat der über die ganze Sache de- oder referirte und geschworne Eid die Folgen eines Vergleichs, seine Recusation die Folgen eines Geständnisses über dieselbe; Vergleich und Geständniß über den ganzen Streit machen aber auch nach heutigem Rechte und selbst nach der Natur der Sache das Urtheil überflüssig. Auch ist noch im §. 4. J. de except. von der except. jurisj. die Rede.

Dritter Abschnitt.

Beiträge zur Lehre vom Haupteid im heutigen gemeinen Civil-Prozesse.

§. 15.

Allgemeine Bemerkungen.

Der freiwillige Haupteid, Schiedseid, jusjur. litis decisorium [44]) im heutigen gemeinen Civilprozesse ist der von einer Partei der andern über einen, mehre oder alle das Beweisthema bildenden Thatumstände vor Gericht deferirte Eid, welchen diese schwören, referiren oder ihr Gewissen mit Beweis vertreten muß, wenn die Behauptung des Deferenten nicht als vom Delaten eingestanden betrachtet werden soll. Dadurch, daß die beweisführende Partei sich desselben bedienen kann, und der Delat auf die Delation eingehen, oder einen der oben angegebenen Auswege ergreifen muß, tritt dieser Eid für sie in die Reihe der Beweismittel, wie denn das jusjurandum judiciale, und besonders das im eigent-

---

44) Die Benennung freiwilliger Haupteid sowohl, als jusjur. litis decisorium und Schiedseid ist nicht sehr genau. Denn, was 1) das freiwillig betrifft, so kann man dies eigentlich nur vom reinen Vergleichseid, nicht auch vom Haupteid sagen, der für den Delaten gewissermaßen ein nothwendiger ist (vergl. nota 11). Was aber 2) das Haupt- und litisdecisorium angeht, so ist der Haupteid a) gar nie ein litis decisorium in dem Sinne, als machte er das Urtheil überflüssig, das er vielmehr durch Konstatirung des Factischen

3

lichen judicium deferirte, schon bei den Römern als Beweismittel angesehen wurde (§. 12 u. 13). Der Haupteid ist aber auch nach den Grundsätzen des Römischen Rechts und der Natur der Sache nach eine Art Vergleich (species transactionis), die nur in so ferne vom Vergleiche im eigentlichen Sinne abweicht, als dieser Vergleich für den Delaten wenigstens einigermaßen ein nothwendiger ist, was sich mit der eigentlichen Vergleichsnatur freilich nicht verträgt. Dagegen wird der wirklich geleistete Eid in seinen Wirkungen ganz als Vergleich beurtheilt, aber freilich nicht als Vergleich über den ganzen Streitgegenstand, daher auch das Endurtheil nicht überflüssig wird, sondern als Vergleich über einzelne streitige Thatumstände, die dem Urtheile zu Grunde liegen. Diejenigen, welche den Haupteid im heutigen Rechte nur als Beweismittel, und gar nicht mehr als Vergleich betrachten wollen, haben durchaus keinen haltbaren Grund für sich, wohl aber gegen sich das ganze Römische Recht, das doch die Haupt-Quelle bleibt, der das ganze Institut entnommen ist; es muß ihnen, da sie das Prinzip, worauf die Quellen die ganze Lehre bauen, verlassen, an jeder haltbaren Grundlage für dieselbe fehlen, und sie werden oft auf die seltsamsten Folgerungen geführt, besonders wenn sie sich noch mit dunkeln Ideen von der durch das Christenthum ganz veränderten Natur des Eides tragen.

Der reine Vergleichseid (das jusjur. voluntarium Tribonians) kann auch noch heutzutage sowohl aussergerichtlich als vor Gericht vorkommen; jedoch endet sich im letzten Falle mit der Acceptation desselben das Geschäft des Richters, und der Vergleich tritt an Stelle des gerichtlichen Verfahrens. Nicht zu bezweifeln ist es, daß aus dem Vergleichseide auch noch heutzutage die actio in factum ex jurejurando praestito und die exceptio jurisjurandi mit allen ihren römischen Wirkungen gegeben werden müßte, falls ein solcher einmal vorkommen sollte. Diese actio ist adjectitiae qualitatis, und unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nur darin,

---

vorbereiten soll, er bezieht sich aber auch b) nicht einmal nothwendig auf das ganze Factum und auf die Hauptfrage, sondern kann auch über einzelne zweifelhafte und selbst über Nebenfragen vorkommen; endlich c) ist das jusjurandum necessarium in viel eigentlicherem Sinne ein litis decisorium als der freiwillige Haupteid. Am wenigsten hat der Ausdruck Schiedseid für sich, der viel besser sich vom reinen Vergleichseid verstehen läßt, und daher hier jedenfalls zu weit ist. Nennte man ihn deferirten gerichtlichen Eid, so würde ihn das Merkmal der Delation vom richterlichen, und das Merkmal des gerichtlichen vom reinen Vergleichseide unterscheiden.

von der Klage, die ohne den Eid anzustellen gewesen wäre, daß sie nicht gegen den dritten Besitzer geht, in so ferne dieser die Facta des Deferenten nicht zu prästiren hat (l. 9 §. 7 h. t.), aus dem sehr einfachen Grunde, quia non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset (l. 10 eod.). Die exceptio jurisjurandi schützt gegen den Beweis der ursprünglichen Klage des Deferenten; selbst der Beweis des Meineids hebt sie nach der Meinung derjenigen, die die l. 13 Cod. h. t. von einem singulären Falle verstehen, nicht auf, und sie kommt überdieß auch den Erben und allen accessorisch Verpflichteten zu gut. Der reine Vergleichseid selbst ist übrigens in seinem Wesen vom Haupteide gerade so weit unterschieden, als bei diesem selbst die Grundsätze vom Vergleiche durch das Gesetz aufgehoben oder modifizirt sind.

§. 16.

Wer kann den Haupteid deferiren?

Die Frage, wer kann den Haupteid deferiren, kann einen doppelten Sinn haben; nämlich 1) wer kann ihn deferiren, so, daß er selbst oder, falls er eine Nebenperson im Prozesse ist, sein Prinzipal die Delation hinterher nicht aus persönlichen Gründen als nichtig anfechten kann; und 2) wer kann den Haupteid deferiren, so, daß der Delat dadurch zur Annahme, Relation oder Gewissensvertretung sub poena confessi verpflichtet wird?

I. Hinsichtlich der ersten Frage bemerke man als Regel, daß jeder für sich bindend den Eid deferiren könne, welcher überhaupt die Fähigkeit besitzt, sich zu verpflichten und zu veräussern, daß dagegen diese Fähigkeit wesentlich nothwendig sey, weil auch der Haupteid in seiner heutigen Gestalt eine species transactionis bildet. In Folge dieses Grundsatzes können nach R. R. Pupillen nur unter Auctorität des Tutors den Eid deferiren. Thun sie es ohne diese, so erwächst dem Delaten aus dem geleisteten Eide keine exceptio jurisjurandi (l. 1 §. 1 D. 44. 5.) oder, genauer ausgedrückt, sie können diese mit einer replica doli zerstören (l. 17 §. 1 h. t.). Auf gleiche Weise ist gerichtlich erklärten Verschwendern die Eidesdelation untersagt (l. 35 §. 1 h. t.), und sie untersagt sich den furiosis von selbst. Mündig gewordene Minderjährige konnten nach R. R. giltig den

Eid deferiren, wurden jedoch, wenn sich ergab, daß sie dabei hintergangen worden, gegen die exceptio jurisjurandi restituirt (l. 9 §. 4 h. t.), was mit der Fähigkeit derselben, auch ohne Curator für sich allein zu handeln (§. 2 J. I. 23) und den allgemeinen Grundsätzen über die Restitution der Minderjährigen consequent zusammenhängt. Da aber nach der R. P. O. von 1577 Tit. 32 §. 1. in Deutschland gegenwärtig alle Minderjährigen „Vorsteher“ (curatores) haben müssen, bis sie zu den vogtbaren Jahren kommen, so sind sie jetzt auch hinsichtlich der Eidesdelation den Pupillen gleichzustellen. Wendet man übrigens die obigen Grundsätze des R. R. auf den Haupteid im heutigen Prozesse an, so ergibt sich, daß der Richter solche, welche für sich nicht bindend deferiren können, mit der Eidesdelation zurückzuweisen habe, weil er überhaupt unheilbare Nichtigkeiten ex officio verhindern soll, daß aber, wenn demohngeachtet der deferirte Eid geschworen und hiernach erkannt worden, der Deferent das auf den Eid gebaute Urtheil mit der querela nullitatis insanabilis anfechten könne.

Tutoren, deßgleichen auch curatores prodigorum vel furiosorum konnten bereits zu Paulus Zeiten[45]) vollkommen giltig für ihre Pupillen und Curanden den Eid deferiren, weil sie veräußern und sich bezahlen lassen konnten (l. 17 §. 2 h. t.); da aber nach heutigem Rechte die Veräusserungsfähigkeit der tutores und curatores in den meisten Fällen vom Consens der Obervormundschafts-Behörde abhängig gemacht ist (Thibaut §. 521), so dürfte dieser Consens heutzutage um so mehr auch zur Eidesdelation wesentlich seyn, als diese selbst nach R. R. den Tutoren und nach der Analogie wohl auch den Curatoren nur im äussersten Falle gestattet gewesen zu seyn scheint (l. 35. pr. h. t.). — Eben so konnten zu Ulpians und Paulus Zeiten auch procuratores in dem Falle giltig, d. h. für den dominus litis verbindlich, einen Eid deferiren, wenn sie als universorum bonorum administratores, als Spezialbevollmächtigte (si id ipsum nominatim mandatum sit) oder als mandatarii in rem suam bestellt waren,

---

45) Anders war es noch zu Gajus Zeiten, wo man noch constitores und procuratores unterschied, und die tutores und curatores den letztern gleichstellte. Damals konnten nur die constitores für den dominus litis selbst verbindlich und ihm zum Frommen Prozeßhandlungen vornehmen, während die procuratores, tutores und curatores nur in ein persönliches Verhältniß zum Gegner traten, der sich von ihnen de rato caviren ließ. Gajus IV. §. 97 — §. 99. Vergl. Keller über Litiskontestation und Urtheil. §. 39 und 40. Bethmann-Hollweg Versuche III. S. 181 ff.

in allen andern Fällen können sie es nach R. R. nicht, also namentlich dann nicht, wenn sie für den ganzen Prozeß (ohne besondern Auftrag zur Delation) bestellt sind (l. 17 §. 3, l. 18 u. l. 19 h. t.). Defensoren sind den Procuratoren gleichgestellt (l. 34 §. 1 h. t.). Diese Grundsätze sind denn auch analog auf den heutigen Haupteid anzuwenden, denn ein Vergleich (und dieß ist der Haupteid) bleibt immer vom Prozessiren sehr verschieden, und es kommt nichts darauf an, ob sich (wie im alten Rechte) über den ganzen Streit, oder nur (wie jetzt durch den Haupteid) über einen Theil desselben verglichen wird. Nur kann der procurator omnium bonorum nach der Praxis, die sich auf cap. 4 in 6° de procurat. (1. 19) stützt, nur, wenn er hiezu eine Spezialvollmacht oder eine dieser gleichzuachtende Vollmacht cum libera (sc. potestate agendi) hat, den Eid für seinen Prinzipal bindend deferiren. Eine singuläre, aber freilich aus politischen Gründen sehr wohl zu rechtfertigende Bestimmung des R. R. ist es, daß, wenn Jemand in fraudem creditorum seinem Schuldner den Eid deferirt hat, jene der exceptio jurisjurandi die replica fraudis entgegen setzen können (l. 9 §. 5 D. h. t.).

II. Was die zweite Frage betrifft, so kann 1) der Natur der Sache nach eine Delation für den Delaten dann nicht bindend seyn, wenn sie den Deferenten selbst nicht bindet, hat er sich aber einmal darauf eingelassen, so kann er weiter keine Einwendungen ex persona deferentis mehr machen. 2) Kann der Haupteid nur vom Probanten dem Probaten, und nicht umgekehrt bindend deferirt werden. Wir haben im zweiten Abschnitte gesehen, wie selbst im altrömischen Rechte das jusjur. in jure delatum nur vom actor dem reus deferirt werden konnte, um so mehr ist daher beim Haupteid nur der Probant zur Delation zuzulassen, da der Haupteid mehr dem in judicio vorgekommenen Eide entspricht, und mit diesem seinen Grund in dem Bedürfnisse eines auf alle Fälle übrig bleibenden Beweismittels hat, daher zunächst als solches aufgefaßt wird. Ich würde mich zur Rechtfertigung dieses Satzes noch weiter verbreiten, wenn es nicht im heutigen Rechte, wo wir die Gewissensvertretung haben, auf einen bloßen Wortstreit hinausliefe. Gesetzt, es könnte auch der Probat den Eid deferiren, so stände es dem Probanten frei, sich statt des Eides der Beweisführung, die ihm ohnehin obläge, zu bedienen, und das ist dann dasselbe, als wenn man ihn überhaupt von der Einlassung auf den Eid frei spricht, da er, wenn er sich von demselben frei machen will, nichts zu thun hat, als was er auch dann zu thun hätte, wenn gar keine Delation vorgekommen wäre. Höchstens würden aus der Annahme, daß auch ein vom Probaten deferirter Eid kein reiner Vergleichs-, sondern ein wahrer Haupteid sey, einige nicht unbedeutende gün-

stige Folgen für den Probanten entstehen. Dieser könnte nämlich nun dem Gegner den Eid sub forma relationis deferiren, und so vor dem Kalumnieneid und der Zurückschiebung sicher seyn, und er könnte ferner den Beweis einstweilen versuchsweise führen, und, wenn ihm derselbe mißlänge, erst zu dem ihm angetragenen Eide schreiten; Verhältnisse, die gewiß bewirken würden, daß kein nicht ganz sinnloser Probat jemals durch Eidesdelation dem Probanten solche Vortheile einräumen möchte. 3) Nur der Probant; nicht auch der Gegenbeweisführer kann sich der Eidesdelation bedienen, weil, was bereits bewiesen ist, nicht auch noch beschworen zu werden braucht (cap. 2 X. de prob. II. 19, welche Stelle zwar zunächst wohl nur vom nothwendigen Eide handelt[46]), aber per analogiam gewiß auch vom zugeschobenen Eide zu verstehen ist). Daher versteht sich der Satz, daß man sich beim Gegenbeweise der Eidesdelation nicht bedienen könne, nur vom direkten Gegenbeweise, und selbst von diesem nur so weit, als jene andre bekannte Regel: Reprobatio reprobationis non datur, in Anwendung kommt. 4) Durch das canonische Recht (c. 14. caus. 22. qu. 5.) sind Meineidige, nicht aber Ehrlose überhaupt, unfähig erklärt, einen Eid, sey es in fremder oder eigner Sache, zu schwören. Dieses Verbot beherrscht, dem Geiste des canonischen Rechts gemäß, nicht sowohl die Idee, dadurch die Rechte Dritter vor neuem Treubruche solcher Menschen zu schützen, als vielmehr die den Päbsten auch sonst so wichtige Bemühung (vergl. nota 6), fernern Meineid als Sünde erster Größe zu verhindern. Wenn nun ein solcher des Meineids schuldig Erkannter den Eid giltig deferiren könnte, so würde der Delat weder das jusjurandum propter calumniam verlangen, noch den Eid referiren können, weil jenes Verbot nicht allein in dem Privatinteresse der Parteien, sondern zunächst in einem höhern Interesse seinen Grund hat, er somit auf dasselbe auch nicht verzichten kann. Dadurch würde er aber offenbar unschuldig in eine schlimmere Lage gebracht; es muß daher angenommen werden, daß der Meineidige den Haupteid

---

46) Goldschmidt, Abhandl. aus dem deutschen Civilprozeß. Frankf. a. M. 1818. Abh. VI. S. 72. Nr. 3. Daß hier der Ausdruck deferre gebraucht ist, hindert Goldschmidt's Ansicht nicht, denn er kommt öfter vom necessarium vor, z. B. cap. 36 X. 2. 24; auch schon im röm. Rechte, z. B. l. 4. 1. D. 12. 3., wo vom jusjur. in litem die Rede ist.

nicht bindend deferiren könne[47]). Dem Meineidigen bleibt dann immer noch die Möglichkeit, seinem Gegner einen freiwilligen Vergleichseid zu deferiren. Zwar will Bayer (Vorträge über die Theorie des gem. ordentl. Civilprozesses S. 384) die Delation als bindend gelten lassen, auch dem Delaten das jus referendi einräumen, und, wenn dieser davon Gebrauch macht, den Deferenten als jurare nolentem behandelt wissen, weil es, wenn auch nicht wahrscheinlich, doch immer möglich sey, daß der Delat den Eid recusire und dadurch die Behauptung des Deferenten zur juristischen Gewißheit erhebe, die dieser vielleicht auf keine andere Weise hätte herstellen können, wenn der Eidesantrag sogleich wäre zurückgewiesen worden. Allein, wer so wenig Gewissenhaftigkeit besitzt, um mala fide zu prozessiren, wird schwerlich einmal Bedenken tragen, ob er lieber durch Recusation des Eides den ganzen Handel verlieren, oder durch das einfache Mittel der Relation ihn zuverlässig gewinnen wolle. Es kommt daher dieser Vortheil für den Meineidigen gegen die Härte in keinen Betracht, die auf der andern Seite durch die poena recusati gegen ihn geübt werden soll. Zudem ist es doch eine etwas starke Fiktion, einen, der nicht schwören darf, als einen, der nicht schwören mag, zu behandeln.

§. 17.

Wem kann der Haupteid deferirt werden?

Die Frage, wem der Haupteid deferirt werden könne, will sagen, wer ist, wenn er weder aus der Person des Deferenten, noch aus dem Gegenstande, auf welchen sich das Thema des Eides bezieht, eine Einrede anbringen kann, schuldig, den Eid

---

47) Malblank §. 42 will, daß der Delat den Eid schwören müsse, ohne ihn referiren zu können, aber aus einem gar sonderbaren Grunde. Hodie referendi facultas non ex pacti libertate, ut apud Romanos, est explicanda, sed eo solum fine conceditur, ut facta referendi occasione is, qui majorem fidem habet, a partibus ipsis ad jurandum eligatur. Auf so willkührliche Ansichten gelangt man, wenn man den Eid bloß als Beweismittel auffaßt.

anzunehmen oder zurückzuschieben, oder sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, wenn er nicht sachfällig werden will? Von selbst versteht es sich nun aber, daß der einem Dritten deferirte Eid, auch wenn er von diesem angenommen oder referirt und dann vom Deferenten geschworen wird, auf den Prozeß durchaus keinen Einfluß üben kann, wenn nicht der Dritte mit der Partei, welche dem Deferenten gegenüber steht, in diesem Prozesse als eine Person erscheint.

Nur dem Probaten, nicht auch dem Probanten kann der Haupteid deferirt werden, jenem aber in der Regel immer. Jedoch sind folgende Besonderheiten zu bemerken: 1) Ist der Probat noch minderjährig, so ist er nicht gehalten, sich die Delation gefallen zu lassen (l. 34 §. 2 D. 12. 2 u. c. 15 Caus. 22 qu. 5), hat er den Eid aber geschworen, so ist er giltig, und die Gegenpartei kann ihn nicht anfechten (l. 26 pr. eod.). Doch wird vermöge einer wohl zu rechtfertigenden Praxis die wirkliche Ableistung des Eides jetzt immer bis zur erreichten Eidesmündigkeit aufgeschoben. 2) Meineidigen kann der Eid allerdings giltig deferirt werden, da sonst ihr Gegner unschuldig in eine schlimmere Lage käme; da sie aber aus Gründen des öffentlichen Rechts unfähig sind, den Eid selbst zu schwören, so müssen sie ihn referiren oder ihr Gewissen mit Beweis vertreten[48]). 3) Tutoren u. Curatoren können nicht zum Schwure gezwungen werden, wenn sie aber demohngeachtet den ihnen deferirten Eid schwören, ist er auch für ihre Pupillen und Curanden giltig (nach Analogie der l. 4 pr. D. 12. 3, die freilich zunächst nur vom jusjur. in litem zu verstehen ist). 4) Auch von Procuratoren und Defensoren kann der Eid nicht verlangt werden (l. 34 §. 3 D. h. t.), wenn sie ihn aber schwören, ist es eben so, als hätte ihn der Prinzipal selbst geschworen (l. 9 §. 6 und l. 42 §. 2 h. t.)[49]). 5) Auch Gemeinheiten kann der Eid deferirt werden. So viel ist nach der Analogie anderer Gemeindeangelegenheiten gewiß, daß

---

48) Malblank §. 42 glaubt, daß einem Meineidigen der Eid gar nicht deferirt werden könne, weil es dem Richter obliege, Meineid zu verhindern; allein daraus folgt nur, daß der Meineidige den ihm deferirten Eid nicht wirklich schwören kann.

49) Nach Malblank §. 42 könnte jetzt Tutoren, Curatoren und Procuratoren der Eid über andere als eigene Handlungen weder deferirt werden, noch dürften sie ihn freiwillig acceptiren und leisten, wegen der Gefahr des Meineids; allein kann man denn nicht auch von fremden Handlungen sehr gut unterrichtet seyn?

darüber ein Gemeindebeschluß gefaßt werden müsse, ob der Eid anzunehmen, zu recusiren, zu referiren oder die Gewissensvertretung zu wählen sey? Dieser Beschluß wird in einer universitas ordinata vom Magistrate allein gefaßt, auch nach l. 97 D. 35. 1. der Schwur nicht von der ganzen Gemeinde, sondern von denjenigen, per quos municipii res reguntur, allein geleistet. Besteht der Magistrat aus einer bedeutenden Zahl von Mitgliedern, so brauchen nach dem Landfrieden von 1521. T. 7. §. 9. und Kammergerichtsordnung von 1555. II. 10 §. 1. nicht alle zu schwören, sondern es reicht hin, wenn zwei Drittel schwören. Die Praxis fodert jedoch gewöhnlich noch wenigere, meist nur zwei oder drei. Am schwierigsten ist bei dem Abgange gesetzlicher Bestimmungen die Frage zu beantworten, wem denn das Recht der Auswahl zustehe? Nach Malblank (§. 42) u. Glück (§. 795) sollen die schwören, die die beste Kenntniß von der Sache haben; da aber die Gemeinde selbst am besten wissen müsse, wer von der Sache aus ihrer Mitte am meisten unterrichtet sey, soll ihr das Wahlrecht, dem Deferenten dagegen das Recht, gegen die Gewählten nöthigenfalls zu excipiren, und dem Richter, falls die Parteien sich nicht vereinigen können, die Entscheidung zustehen. Dagegen räumt Linde (Archiv f. civil. Prax. X. Abh. 1) das Wahlrecht dem Deferenten ein, weil ihm das Recht, alle Glieder der Gemeinde zum Schwören aufzufodern, nur hinsichtlich der Zahl beschränkt sei, so daß er nur einige auffodern dürfe, nicht hinsichtlich der Wahl, welche er auffodern wolle. Mir scheint die gegenwärtige Frage eine von denjenigen zu seyn, wo der Gesetzgeber durch positive Bestimmung den Knoten zerhauen muß, daher es sehr zu bedauern ist, daß hier gerade die Gesetze schweigen. Doch hat Linde's Meinung wohl mehr für sich, als die entgegengesetzte von Malblank u. Glück, die sich auf die irrige, von Malblank öfter gebrauchte Idee stützt, als solle überhaupt immer dem der Eid aufgelegt werden, der die beste Kenntniß der Sache habe, uud von dem man sich am wenigsten eines Meineids versehen könne; eine Idee, zu der sich nirgend in den Gesetzen ein Anklang findet, und die consequent durchgeführt, die ganze Lehre vom Eid durchaus umgestalten würde. — Wenn übrigens einer von den auf diese oder jene Weise Gewählten nicht schwört, ohne sich mit der exceptio ignorantiae retten zu können, so trifft die Gemeinde die poena jurare nolentis. Der Gemeinde muß jedoch dann der Regreß gegen denselben offen bleiben, falls er mala fide gehandelt hat. Wird die moralische Person von einem Einzigen repräsentirt, so ergibt sich keine Schwierigkeit. Bildet eine pia causa oder anderes Vermögen die moralische Person, so schwören die Verwalter oder Disponenten, wobei, wenn diese selbst wieder eine moralische Person

sind, die allgemeinen Grundsätze wieder zur Anwendung kommen. 6) Bei Correalobligationen aus Stipulation nützt der D. h. t.), einen Verpflichteten auch dem Andern (nach l. 28 §. 3 Eid des und wenn von zwei correis stipulandi dem gemeinsamen Schuldner einer den Eid deferirt hat, so schadet dieß auch dem andern (l. 28 pr. h. t.), keineswegs dasselbe ist aber 7) zu sagen hinsichtlich mehrer litis consortes, wo vielmehr die Regel eintritt, daß ein Dritter aus dem Vergleiche Dritter weder berechtigt noch verpflichtet werden kann (l. 10 eod.). (Vergl. hierüber einen interessanten Rechtsfall mit Entscheidung, von Seuffert, im Archiv f. civ. P. III. Abh. 15). —

§. 18.

In welchen Sachen und worüber kann der Haupteid deferirt werden?

1. Die Eidesdelation ist zulässig in allen Sachen, welche nur die Parteien allein angehen, in persönlichen (aus Obligationen und Delicten), in dinglichen und bei Klagen über den status, ja selbst nach R. R., wenn die Schwangerschaft der Frau im Zweifel ist (l. 3 §. 1—3 h. t.), in welchem letzten Falle es aber gewiß dem Geiste des canonischen Rechtes, das überall falsche Eide zu verhindern sucht, und auch der Würde des Eides gemäßer ist, die Eidesdelation nicht zuzulassen. Auf das Kind kann indeß der Eid, wenn er wirklich zugelassen würde, schon nach R. R. (l. 3 cit. §. 3) und weil man sich über das Interesse Dritter nicht vergleichen kann, auf keinen Fall eine Wirkung äussern. Da Matrimonialsachen (d. h. Klagen auf Nichtigkeitserklärung oder Scheidung von Ehen) schon dadurch, daß sowohl bei Katholiken als Protestanten der Wille der Parteien allein zur Trennung der Ehe nicht hinreicht, als solche Sachen erklärt sind, wobei die salus publica mit interessirt ist, so scheint schon aus allgemeinen Gründen zu folgen, daß, weil man sich gegen das öffentliche Interesse so wenig, als über das Interesse eines Dritten vergleichen kann, auch der Eid in derlei Sachen nur in so weit Platz greifen könne, als das Interesse, das Staat und Kirche an dem Fortbestehen der einmal eingegangenen Ehe haben, dadurch nicht gefährdet wird; daß daher der Kläger mit einer

solchen Klage nur einen reinen Vergleichseid, in soferne dessen Thema dem öffentlichen Interesse nicht widerspricht, deferiren könne, dem Beklagten aber es unbenommen bleibe, über seine Exceptionen dem Kläger den wahren Haupteid zu deferiren. Dasselbe läßt sich auch aus dem kanonischen Rechte nachweisen, uud zwar aus cap. 5 X. 4. 13 und cap. 34 X. 2. 24. Diese Stellen bestimmen, daß das Geständniß, welches der mit einer solchen Klage Belangte über einen Auflösungsgrund der Ehe ablege, wegen möglicher und zu fürchtender Collusion der Parteien für das Urtheil unwirksam seyn solle. Daraus folgt zwar zunächst für den über einen Ehe-Nichtigkeits- oder Scheidungs-Grund deferirten Eid nur, daß die Recusation desselben die sonstige Folge eines wirksamen Geständnisses hier nicht haben könne; daher auch Bayer (Vorträge S. 389) bei dieser Beschränkung stehen bleiben will. Allein da die Gefahr einer Collusion, wenn auch im mindern Grade, als bei einem Geständnisse, doch auch bei der Delation und Ableistung des Eides[50]) vorhanden ist, und durch die Ungiltigkeitserklärung des Geständnisses bei fortbestehender Zulässigkeit eidlicher Betheuerung, wodurch zugleich die Parteien ganz dem Geiste des canonischen Rechtes zuwider zum Meineid angelockt würden, noch vermehrt würde, so scheint vermöge einer wohl zu rechtfertigenden Extensiv-Interpretation, was schon aus allgemeinen Gründen anzunehmen ist, auch aus dem canonischen Rechte erwiesen werden zu können, daß nemlich der Eid in Matrimonialsachen nur in soferne zulässig sey, als das öffentliche Interesse am Fortbestehen der Ehe dadurch nicht gefährdet wird[51]). II. Die Frage, über was kann der Eid deferirt werden, will sagen, worauf muß der Eid gerichtet seyn,

---

50) Z. B. Beide Ehegatten verabreden sich, Kläger solle den Eid deferiren, Beklagter, statt ihn zu recusiren, weil das nicht zum Ziele führen würde, wolle ihn referiren, und dann solle Kläger den referirten Eid schwören.

51) Diejenigen neuern Juristen, welche den Haupteid im heutigen Rechte nur als Beweismittel auffassen, lassen ihn daher auch hier meist unbedingt zu, z. B. Martin im Lehrbuche §. 213 n. 1., Meister prakt. Bem. Th. II. Nr. 1, Schnaubert Grunds. des K. R. §. 257 n. c., Gensler im Archiv f. c. P. Bd. II. Abh. 3 (nicht aber Malblank §. 46, der ihn aus eigenthümlichen Gründen unbedingt verwirft; doch sind seine Gründe mehr politisch, als positivrechtlich). Allein diese Juristen haben, abgesehen von der Unrichtigkeit ihres Prinzips, auch die Bestimmung des canonischen Rechts gegen sich, die den Haupteid mindestens einigermaßen modifizirt

wenn seine Delation für den Delaten verbindend seyn soll? Hiezu bemerke man: 1) Nach der Natur des Haupteides im Heu-

---

(durch Aufhebung der Wirkungen der Recusation). Zwar will diese Bestimmung Glück (§. 799) nur aus dem Begriffe des Sakraments herleiten, und für Protestanten aufgehoben wissen; allein da sie aus dem Interesse des Staates und der Kirche an Aufrechthaltung der Ehen überhaupt erklärlich ist, und dieses Interesse auch bei Protestanten besteht, so dürfte Glück's Meinung sich kaum vertheidigen lassen. Gensler loc. cit. glaubt zwar, es könne der Kirche und dem Staate an dem Fortbestehen oder Auflösen einzelner in ein streitiges Verhältniß eingetretener Ehen so gar viel nicht liegen; allein, wenn dem Staate und der Kirche an Heilighaltung der Ehe überhaupt liegt, und sie nicht wollen, daß ihre Glieder gleich den unvernünftigen Thieren zur Geschlechtsbefriedigung heute zusammenlaufen und morgen auseinandergehen, so muß ihnen allerdings auch an Aufrechthaltung der einzelnen Ehen liegen, weil die Theile das Ganze bilden. Zudem zeigen uns die Schwierigkeiten, die selbst die Protestanten bei Ehescheidungen machen, wie sehr auch der protestantischen Kirche fortwährend an Aufrechthaltung einzelner einmal geschlossener Ehen liege. Gensler will ferner um deßwillen den Eid in Matrimonialsachen unbedingt zulassen, weil ja durch das Geständniß des Beklagten das Klagfundament als bewiesen anzusehen sey, auch das arg. des cap. 12 X. 2. 23. einen dringenden Vermuthungsgrund hierunter schon für voll gelten lasse, weil endlich die Relation ohnehin schon in den meisten Fällen wegfallen müsse, da facta mere propria des Delaten in Frage stünden, wo nach den Gesetzen der Eid ohnehin nicht referirt werden könne. Allein, daß das Geständniß des Beklagten in Matrimonialsachen die Condemnation zur Folge habe, widerspricht das cap. 15. X. 4. 13. geradezu, wegen der zu fürchtenden Collusion der Parteien, und wenn das arg. des cap. 12 X. 2. 23 einen bringenden Vermuthungsgrund für hinreichend zur Ehescheidung erklärt, so ist der im Kapitel selbst angeführte Vermuthungsgrund allerdings ein sehr dringender, keineswegs dasselbe aber läßt sich von einem in Ehesachen geschwornen oder verweigerten Eide sagen, der eben wegen der möglichen Collusion gegen das öffentliche Interesse von keinem sonderlichen Gewichte scheint. Was aber Gensler von der bei factis mere propriis wegfallenden Relation des Eides sagt, ist weder in dieser Ausdehnung juristisch richtig, noch würde, wenn es richtig wäre, daraus mehr folgen, als daß Deferent den ihm deferirten Eid zurückweisen könne, wenn er wolle, was er aber wohl wird bleiben lassen, wenn der Eid im Falle einer collusio referirt wurde. Zudem können namentlich bei der Nichtigkeitsklage viele Fälle vorkommen, wo ganz und gar nicht auf facta mere propria des Beklagten die Klage basirt wird. — Auf der andern Seite spricht Grolman (im Lehrb. §. 91) dem Eide jede

tigen Prozesse als Vergleich über das Beweisthema kann derselbe nur über Thatsachen, und 2) nur über solche Thatsachen, welche relevant sind, d. h. zum Beweisthema des Probanten gehören, von diesem dem Probaten verbindlich deferirt werden. Will der Deferent über etwas anderes deferiren, und der Delat läßt sich's gefallen, des Streites Ausgang davon abhängig zu machen, so ist dieß zwar giltig, aber der Eid hört auf ein Haupteid zu seyn, und ist reiner Vergleichseid. 3) Daß der Haupteid nicht allein über eigene Handlungen des Delaten, sondern auch über facta aliena deferirt werden könne, will man gewöhnlich aus l. 3 §. 3 D. h. t. und l. 10 D. 37. 10 erweisen. Diese Stellen sprechen von einem von der Frau dem Erben ihres Mannes über ihre eigne Schwangerschaft deferirten und von diesem geschwornen Eide, können aber auch, und müssen wohl von einem vom Delaten freiwillig angenommenen Eide, also keinem wahren Haupteide verstanden werden, beweisen somit wohl für die gegenwärtige Frage nichts. Da jedoch es immerhin möglich ist,

---

Anwendung auf Matrimonialsachen ab, scheint aber gleichfalls zu weit zu gehen, denn das von ihm citirte cap. 34 X. 2. 24 scheint für die gegenwärtige Frage ganz irrelevant zu seyn, das cap. 7 X. 2. 27 sagt nicht mehr, als was auch cap. 5 X. 4. 13, daß nämlich das eigene Geständniß des Beklagten zur Trennung der Ehe nicht hinreiche, woraus sich im höchsten Falle nicht mehr folgern läßt, als daß der Eid überhaupt nur in soferne zulässig sey, als er nicht contra salutem publicam läuft, wie dieß im Texte gezeigt wurde. Einen Mittelweg versucht Danz (im Lehrb. §. 370), indem er sagt, man müsse darauf Rücksicht nehmen, ob zur Aufrechthaltung der Ehe oder um sie aufzulösen, geschworen werden solle. Allein dagegen wendet Gensler loc. cit. nicht mit Unrecht ein, daß der pro matrimonio deferirte Eid referirt contra matrimonium lauten müsse; es ist mir daher der im Texte angegebene Mittelweg als der richtige erschienen, wobei dem Eide gerade so viel Spielraum gelassen wird, als ohne Gefährde des öffentlichen Interesse und ohne mit den Gesetzen in Widerspruch zu kommen, ihm gelassen werden kann. Einen reinen Vergleichseid, der nicht referirt werden kann, dem Beklagten zu deferiren, mag man unbedenklich dem Kläger gestatten, und eben so gefährdet der Haupteid das öffentliche Interesse beim Beweise der Exceptionen nicht, da er hier als letztes Beweismittel einer Einrede (z. B. der Verzeihung) erscheint, die vielleicht allein noch die Ehe aufrecht erhalten kann, auch hier eine Collusion nicht zu befürchten ist, indem, wenn Beklagter nicht selbst die Fortsetzung der Ehe wünschte, er gleich anfänglich nicht excipirt haben würde.

daß der Delat auch über fremde Handlungen sehr genaue Kenntniß habe, da ferner das R. R. die facta aliena nirgends ausdrücklich ausnimmt[52]), vielmehr aus l. 12 Cod. pr. 4. 1 hervorzugehen scheint, daß die Leistung des vom Erblasser bereits angenommenen jusjurandum selbst von den Erben noch gefodert werden könne; indem nur bemerkt wird, daß es für den Deferenten nicht von gleichem Werthe sey (so verstehe ich das: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento); so scheint allerdings die Delation des wahren Haupteides über facta aliena zuläßig zu seyn; nur fodert freilich die Natur der Sache, daß man dem Delaten dagegen die Einrede des Nichtwissens (exceptionem ignorantiae) für diejenigen Fälle gestatte, wo er davon wirklich keine Kenntniß hat, welche Einrede er jedoch auf Verlangen des Deferenten beschwören muß, weil ohne einen solchen Eid ein Jeder durch derlei Ausflüchte sich vom Eide befreien könnte. Dieser Schwur ist als ein jusjurandum propter calumniam speciale zu betrachten; seine Recusation hat den Verlust der exceptio ignorantiae für den Delaten zur Folge, seine Leistung aber, daß der Deferent von der Delation abstehen, d. h. seine Zuflucht zu andern Beweismit-

---

52) Das Gegentheil hat man aus l. 4 pr. D. 12. 3 und l. 34 §. 5 h. t. entnehmen wollen; allein ohne Grund. Denn die l. 4 pr. cit. spricht nur vom jusjurandum in litem als einem jusjurandum necessarium, das als solches nur dem Prinzipal selbst zusteht; daher es ganz in der Ordnung ist, daß für den eidesunfähigen Pupillen, etsi parata esset jurare, seine Mutter nicht zum Eide zuzulassen ist; die Tutoren, welche an Stelle des pupillus treten, können dagegen nach dem klaren Inhalte der Stelle für den pupillus selbst zum jusj. in litem zugelassen werden, nur sind sie nicht wider ihren Willen und wenn sie gar nichts von der Sache wissen, zum Eide in der Sache eines Dritten zu zwingen. Dasselbe sagt hinsichtlich der procuratores und defensores beim deferirten Eide die l. 34 cit. Beide Stellen beweisen daher für die gegenwärtige Frage nichts, wohl aber sind sie ein Beleg, wie wenig unsere Juristen oft verlegen sind, wenn es darauf ankommt, durch Citationen aus den Quellen einer Meinung Autorität zu geben. Mit mehr Recht werden l. 11. §. 2 de act. rer. amot. und l. 42 D. de reg. juris citirt, allein auch diese sagen im höchsten Falle nicht mehr, als daß dem Delaten die Einrede des Nichtwissens gebühre. Zudem spricht die l. 11. §. 2 cit. nur von einem singulären Falle, und die l. 42 cit. handelt zunächst gar nicht vom Eide, sondern von den justis causis ignorantiae.

teln nehmen muß. Muß der Delat von dem factum alienum, ist es anders nur vorhanden, nothwendig Kenntniß haben, so fällt die exceptio ignorantiae natürlich eben so wohl weg, als das jusjurandum ignorantiae in den Fällen, wo es schon ohne dasselbe gewiß ist, daß Delat von der Sache keine Kenntniß haben könne. Wollte übrigens Deferent dem jusjurandum ignorantiae die Wirkungen eines Haupteids geben, so ist damit entweder nur gemeint, daß das abgeleistete jusjurandum ignorantiae die Wirkungen des abgeleisteten Haupteides selbst haben soll, oder daß auch die Recusation desselben einer Recusation des Haupteides gleich geachtet werden soll. In letzterm Falle gehört dazu gewiß die Einwilligung des Delaten, weil einer prozessualischen Handlung eine für ihn nachtheiligere Folge gegeben werden will, als welche die Gesetze dafür bestimmen; erstern Falls dagegen scheint ein bloßer Verzicht des Deferenten auf fernere Beweisführung vorzuliegen, der von ihm allein abhängt, da Jedermann auf seine Rechte verzichten kann. — 4) Da nach dem Bisherigen der Haupteid nur über relevante Thatsachen deferirt werden kann, so folgt daraus in der Regel die Unzulässigkeit eines sogenannten jusjurandum de credulitate, doch muß dasselbe dann für zulässig erklärt werden, wenn das Glauben des Gegners selbst das Beweisthema bildet, was allerdings vorkommen kann, jedoch freilich wohl kaum anders, als wo jenes Glauben als etwas Vergangenes erscheint, und somit darüber selbst wieder ein Wissen möglich ist; so z. B. wenn der Kläger mit der Eigenthumsklage, dem die except. usucapionis entgegengesetzt wird, replicando die mala fides des angeblichen Usucapienten behauptet hat, und diese nun beweisen soll. Hier kann aber nun begreiflich von keinem eigentlichen Credulitätseide mehr die Rede seyn[53]). Daß übrigens ein solcher als

---

53) Grolman (Theorie §. 94 [b]) scheint daher nicht zu weit zu gehen, wenn er ganz allgemein sagt: „Daß es aber auch Beweiseide (dadurch schließt er sehr richtig das jusjurandum propter calumniam aus) geben könne, deren Inhalt auf ein bloßes Glauben des Schwörenden gerichtet sey (juramentum de credulitate), ist eine irrige Erfindung der Rechtsgelehrten, welche ohne Bedenken in das Reich der Träume verwiesen werden kann." Nur hätte er zwischen Haupteid und freiwilligem Vergleichseide bestimmter unterscheiden sollen, er müßte denn letztern nicht als Beweiseid betrachten, als welcher er aber allerdings vorkommen kann, wenn z. B. die Parteien übereinkommen, falls Probant beschwöre, daß er das, was er beweisen wolle, für wahr halte, solle die Sache als bewiesen an-

reiner Vergleichseid vorkommen könne, wird kaum Jemand bezweifeln; es ist daher nicht nöthig, sich dabei aufzuhalten. 6)

---

gesehen werden, und weiter geschehen, was recht ist. Zu bedauern aber ist, daß jene träumerische Erfindung der Rechtsgelehrten durch die Praktiker so oft zur Anwendung gebracht wird, daß noch jetzt Prozesse gar keine Seltenheit sind, wo selbst der Richter höherer Instanz auf ein purgatorium oder suppletorium de credulitate erkennt; mit so wenig Kritik benützt die Praxis in der Regel die Arbeiten und Ansichten der Theoretiker. — Gensler (Handb. zu Martin S. 175 in der Note) führt für die Zulässigkeit des Credulitätseides die l. 34 pr. D. 12. 2 an, allein diese Stelle, welche richtig verstanden gar nicht hieher gehört, könnte jedenfalls mit viel mehr Recht gegen, als für den Credulitätseid citirt werden. Sie lautet so: Quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse. Non erit tutus per relationem, et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur et sic juret. Wollte man diese Stelle von einem jusjurandum verstehen, das der actor dem reus über das putare deferirt habe, so würde man dabei auf doppelte Schwierigkeiten gerathen; einmal entstünde die Frage, warum deferirt der actor dem reus den Eid über eine Frage, die gar nicht relevant ist, und die, wenn sie auch relevant wäre, dem reus, und nicht dem actor zu beweisen obläge, daher dieser abwarten könnte, ob jener beweisen werde; sodann, warum brauchte es noch einer besondern Untersuchung der Juristen, ob der reus zu diesem Eide zu zwingen sey, da er ja denselben wie jeden irrelevanten Eid geradezu von sich weisen könnte, wie sich von selbst versteht; endlich wäre auch nicht zu begreifen, warum man dem reus Zeit lassen sollte, um sich erst näher zu erkundigen, und dann de veritate zu schwören; wäre ihm der Eid über das putare deferirt, und er schwüre hinterher de veritate, so hätte er den Eid nicht so geschworen, wie er deferirt war, was der Deferent zu fodern berechtigt ist (l. 3 §. 4 h. t). Die Stelle ist nun aber so zu verstehen: Der actor hat dem reus den Eid, wie dieß ja häufig vorkam, über die ganze Sache deferirt, also: Stichum se dare non oportere. Der reus, der den Stichus versprochen hatte, ist, wenn Stichus nicht mehr lebt, natürlich liberirt, kann mithin den Eid schwören; wenn dagegen Stichus noch lebt, ist er schuldig sein Versprechen zu halten, kann also nicht schwören. Er selbst ist darüber in Ungewißheit, ob Stichus lebe oder todt sey, hat somit seine Unwissenheit als Entschuldigungsgrund für sich (vergl. l. 24 de R. J. wegen der Analogie); durch die Relation aber würde er nicht gesichert seyn, da der actor nur darüber schwören könnte, daß jener den Stichus versprochen habe, aber nicht, ob dieser noch lebe, es muß ihm also

Die Ansicht, daß über die legitimatio ad causam activa der Eid nicht deferirt werden könne, hängt mit der irrigen Meinung zusammen, daß über facta aliena der Eid nicht deferirt werden könne, und ist daher zu verwerfen, wenn gleich die l. 11 §. 1 D. h. t. genau genommen nicht als Beispiel eines über diese legitimatio deferirten Haupteides anzuführen ist, weil sie auch von einem jusjurandum voluntarium verstanden werden kann[54]). 6) In so ferne dem Probanten der Beweis eines Gewohnheitsrechtes oder Gerichtsgebrauches obliegt, kann auch dieser als Gegenstand des Eides vorkommen, nur wird freilich dem Delaten in vielen Fällen die

---

Zeit gelassen werden, um sich zu erkundigen, und dann zu schwören, oder man muß ihm den Eid ganz nachlassen. Hieraus aber ergibt sich, daß von einem Glaubenseide in jener Stelle gar die Rede nicht seyn kann; es ist vielmehr der Eid über das Wissen deferirt, und reus kann ihn eben um deßwillen nicht schwören, weil er nicht weiß, sondern nur glaubt; man läßt ihm also Zeit, sich zu erkundigen, und dann den Eid so zu schwören, wie er deferirt ist. — Mit eben so wenig Grund, als diese Stelle, führt Gensler die folgende an: II. Feud. 58 §. 4, welche an und für sich nur eine singuläre Vorschrift enthält, aber auch, wenn dieß nicht der Fall wäre, doch nichts zu bedeuten hätte, da die libri feudorum bekanntlich nur für das Lehenrecht recipirt sind. — Dagegen spricht die l. 25 §. 3 de probat., die wegen des nahen Zusammenhanges des jusj. in judicio delatum, von dem sie handelt (§. 11 und 13), mit dem heutigen Haupteide besonders wichtig ist, ausdrücklich nur von der Zulässigkeit eines jusj. de veritate rei.

54) Die Zulässigkeit der Eidesdelation bei dem Beweise der Cession einer Schuldfoderung läugnet Mühlenbruch (von d. Cession nota 25) insbesondere auch um deßwillen, weil der angebliche debitor cessus kein Recht habe, sich mit dem angeblichen Cessionarius de jure tertii, d. h. des Cedenten, durch den Eid zu vergleichen, und daher den deferirten Eid gar nicht annehmen könne. Allein der Vergleich durch Eid erzeugt nur eine neue Obligation zwischen den beiden Parteien, ohne die Foderung des ursprünglichen Gläubigers im mindesten aufzuheben. Zwar hält es Mühlenbruch für ganz barbarisch, einen solchen Vergleich zuzulassen, und dann dennoch dem ursprünglichen Gläubiger seine Foderung vorzubehalten, indem dann jeder Betrüger dem armen Schuldner den Eid über das fremde Factum der Cession deferiren und diesen durch Abschwörung des referirten Eides zur Zahlung zwingen könne, der dann doch noch seinem wahren Gläubiger verhaftet bleibe? Womit, frägt er entrüstet, läßt eine solche — Theorie sich rechtfertigen? Mir scheint indeß diese Rechtfertigung in dem Wesen eines Vergleiches selbst zu liegen. Weiß der Schuldner wirklich nicht, ob die Cession statt gefunden habe oder nicht, so kann er sich ja bei dem an-

exceptio ignorantiae zu Statten kommen[55]). 7) Worüber bereits vollständig bewiesen ist, darüber kann der Eid nicht mehr deferirt werden (cap. 2 X. 2 19. [Vergl. §. 16. II. 3).

---

geblichen Cedenten erkundigen, und dann schwören, oder er kann, falls er sich sein Nichtwissen zu beschwören getraut, exceptionem ignorantiae vorschützen. Unterläßt er dieß, oder referirt er den Eid aus übergroßer Gewissenhaftigkeit, so hat es doch wohl die Theorie nicht zu verantworten, wenn er von einem Betrüger hinter's Licht geführt wird. Vigilantibus jura sunt scripta und volenti non fit injuria!

55) Malblank §. 44 verwirft die Eidesdelation beim Beweis eines Gewohnheitsrechtes. Es könne, sagt er, durch Eid keinem Dritten an seinem Rechte etwas präjudizirt werden, eine bewiesene Gewohnheit aber gelte für Alle als Gesetz, es müsse daher zu andern Beweismitteln seine Zuflucht genommen werden. Aber nicht einmal gegen den Delaten selbst könne durch Eid die Gewohnheit auf giltige Weise bewiesen werden, denn, was gegen Andere nicht Gesetzeseigenschaft habe, könne sie auch gegen ihn nicht haben. Allein Malblank hat hier übersehen, daß die res judicata nie gegen Dritte geht, daß daher ein Gewohnheitsrecht, das nicht schon notorisch ist, in jedem Prozesse, wo es zwischen andern Parteien geltend gemacht werden will, neuerdings muß bewiesen werden. Malblanks Bedenklichkeit, daß durch den Eid über ein Gewohnheitsrecht die Rechte Dritter verletzt würden, fällt daher weg; und da das Gewohnheitsrecht auch durch andere Beweismittel was immer für einer Art doch nur für diesen Prozeß bewiesen werden kann, so ist auch kein Grund vorhanden, den Eid weniger als andere Beweismittel zuzulassen. Zudem, da die Existenz eines Gewohnheitsrechtes etwas factisches ist, die Parteien aber über das Vorhandenseyn eines Factums, d. h. darüber, ob dasselbe als vorhanden angenommen werden soll oder nicht, sich durch Eid überhaupt vergleichen können, so ist auch nicht einzusehen, warum beim Gewohnheitsrechte eine Ausnahme soll gemacht werden; denn, wenn Malblank will, daß, was dem Einen Gesetz ist, es auch dem Andern seyn müsse, so müßte das Recht Verträge zu schließen und sich dadurch selbst Gesetze zu geben, sollte jene Regel wahr seyn, geradezu geläugnet werden. Endlich bemerkt man leicht, daß Malblank in einen Widerspruch sich verwickelt, indem er in der ersten Hälfte seines Raisonnements den Eid wegen seiner Wirksamkeit für Dritte nicht zuläßt, dagegen in der zweiten Hälfte ihn um deßwillen verwirft, weil, was gegen Dritte unwirksam sey, nicht als Gesetz gelten könne. — Richtig scheint dagegen zu seyn, was Martin (§. 215 not. n) behauptet, daß nicht über das Gewohnheitsrecht als solches im Allgemeinen der Eid deferirt werden könne, sondern nur über die einzelnen Thatumstände, aus denen das Bestehen desselben gefolgert werden will; denn eigentlich sind nur diese faktischer Natur; ob sie zur Annahme eines Gewohnheitsrechtes hinreichen, dieß zu beurtheilen, ist Sache des Richters. —

§. 19.

Folgen der Delation des Haupteides.

Diese sind verschieden für den Delaten und für den Deferenten, oder vielmehr bestehen nur für den ersteren allein, denn in den Verhältnissen des letztern wird durch die Delation noch nichts geändert. Hinsichtlich der Folgen für den Delaten unterscheide man: 1) Die Delation ist nicht verbindend; in diesem Falle kann er sowohl dieselbe zurückweisen, als auch annehmen; 2) die Delation ist verbindend; in diesem Falle muß er sich binnen eines vom Richter zu bestimmenden Termines erklären, welchen von den ihm offen stehenden Wegen er ergreifen wolle, widrigenfalls der Eid als verweigert angesehen (poena recusati) werden müßte, was die Folge hat, daß das Gegentheil als eingestanden betrachtet wird (poena confessi). 3) Die Wege, zwischen welchen derjenige, dem der Eid verbindlich deferirt ist, in der Regel die Wahl hat, sind a) die Annahme des Eides; b) die Relation desselben; c) die Gewissensvertretung, welche letztere noch das Eigene hat, daß sie die beiden andern Rechte nicht ausschließt, sondern daß der Delat, wenn sie mißlingt, zu denselben zurückkehren kann.

§. 20.

Von der Acceptation des deferirten Eides und deren Folgen.

Glaubt der Delat, den ihm deferirten Eid schwören zu können, so erklärt er sich darüber inner des festgesetzten Termins zu den Akten, daß er denselben annehme, acceptire. Dieß hatte nach altem Rechte als Annahme eines gemachten Vergleichsofferes die Folge, daß nun der Deferent die Eidesdelation nicht mehr widerrufen konnte (l. 16 u. 39 C. de transact.). Justinian in l. 11. Cod. h. t. hat jedoch die singuläre Bestimmung gegeben, daß die Revokation dem Deferenten bis zur wirklichen Eideslei-

stung oder zum Erfolge eines rechtskräftigen Urtheils[56]) zu gestatten sey. Uebrigens versteht es sich heutzutage nach der Eventualmaxime von selbst, daß der Deferent, wenn zur Zeit der Revokation der Termin zur Beweisantretung bereits abgelaufen ist, keine neuen Beweismittel mehr anbringen kann; er müßte denn ex capite noviter repertorum Restitution contra elapsum terminum erhalten. Auch kann nach der ausdrücklichen Vorschrift Justinians der einmal revozirte Eid nicht zum zweitenmale deferirt werden (l. 11 Cod. cit.), was jedoch natürlich nur von demselben Thema zu verstehen ist[57]), und wegen l. 12 §. 1 Cod. eod. ist zu sagen, daß auch die geschehene Relation jede Rückkehr des Deferenten zum Beweise unmöglich macht. Für den Delaten hat die Acceptation die Folge, daß er jetzt den Eid leisten muß, wenn ihn nicht die poena confessi treffen soll, und weder zur Relation noch zur Gewissensvertretung zurückkehren kann; denn daß man die singuläre Vorschrift Justinians zu Gunsten des Deferenten wegen der Rechtsgleichheit auch dem Delaten zugestehen müsse, hat doch wohl die allgemeine Regel gegen sich, daß singuläre Rechte strenge zu interpretiren sind.

---

56) Glück §. 802 versteht dieß Urtheil jedoch nicht gerade von dem Definitivurtheile über den ganzen Streit, sondern lediglich von dem richterlichen Urtheile über die Pflicht zu schwören, wegen der Basiliken Tom. III. lib. XXII. tit. 5 Const. 55. p. 132.

57) Das französische Recht ist zum alten Rechte zurückgekehrt. La partie, qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se retracter, lorsque l'adversaire a déclaré, qu'il est prêt à faire ce serment. (Cod. Nap. Art. 1364.) Ueberhaupt ist es eigentlich nur das Recht der Pandekten, das man mit Recht mit dem Namen der ratio scripta beehren mag, während sich in dem Codex nicht wenige Bestimmungen finden, welche nicht sowohl auf der Natur der Sache, als auf dem bekannten Chanson: „Car tel est notre plaisir" beruhen, und bei einer neuen Civil- und Civilprozeßgesetzgebung abzuschneiden und auszumerzen wären, wenn man anders, wie aus vielen Gründen rathsam scheint, das römische Recht als Grundlage beibehalten will. Vergl. ein sehr interessantes Werk: Prolegomenen zu einer kuenftigen Civ. Gesetzgebung im Koenigreiche Sachsen (Dresden und Leipzig. 1831. 8.) §. 15, wo mehre Beispiele von solchen willkührlichen Verordnungen der principes gegeben werden. Freilich aber trifft der Vorwurf besonders die Kaiser der letzten Zeit (in der Periode der sogenannten selbstständigen Gesetzgebung), von Alexander bis auf Justinian, und namentlich den letzten.

Uebrigens hat der Delat in der Regel das Recht, vor der wirklichen Ableistung des Eides von dem Deferenten schwören zu lassen, daß er den Eid nicht fodere, um ihn zu chikaniren, sondern im Bewußtseyn seines Rechtes (jusjurandum propter calumniam. l. 34 §. 4 h. t. l. 11 §. 1 de act. rer. amotarum. 25. 2). Verweigert der Deferent diesen Eid, so wird dieß so angesehen, als hätte er dem Delaten den Haupteid erlassen. (l. 37 D. h. t. l. 9 Cod. h. t.) Einigen Personen ist jedoch das jusj. propter calumniam nachgelassen, und zwar (dem Patronus, l. 16 D. h. t. und) den Eltern (l. 7 §. 3 D. 37. 15 und l. 34 §. 4 D. h. t.[58]), so wie nach II. Feud. 33 und 53 dem Lehensherrn und Vasallen gegenseitig. Justinian hat in der Nov. 49 cap. 3 zwar alle juramenta de calumnia specialia aufgehoben, und an deren Stelle das alte, zu seiner Zeit in Vergessenheit gekommene jusjurandum de calumnia generale wieder eingeführt, allein es hat sich dieser schon seiner Allgemeinheit wegen gewiß verwerfliche allgemeine Gefährdeeid in der teutschen Praxis nicht zu halten vermocht, welche vielmehr, gestützt auf das canonische Recht (X. 2. 7.), zu den speziellen Gefährdeeiden zurückgekehrt ist. (Hellfeld jurisp. forens. §. 808.) Darüber ist viel gestritten worden, wie es zu halten sey, wenn der Delat zwar nach der Acceptation, aber noch vor der wirklichen Leistung des Eides stirbt, ohne hinsichtlich derselben in mora gewesen zu seyn; denn wenn er selbst in mora war, scheint man den Eid als desert annehmen zu müssen, damit der Deferent nicht durch fremde Schuld in eine schlechtere Lage versetzt werde, und entweder sich mit dem weniger Sicherheit gebenden Eide der Erben begnügen, oder neuerdings zur Beweisführung seine Zuflucht nehmen müsse. In dem andern Falle, wo der Delat sich nicht in mora befindet, soll nach der gewöhnlichen Meinung (Malblank §. 56) das jusjurandum pro praestito erachtet werden; allein richtiger scheint es, mit Grolman (Theorie des gerichtl. Verfahr. §. 95 der 4ten Aufl.) zu unterscheiden, ob Deferent an der Verzögerung Schuld trage oder nicht, und im ersten Falle den Eid für abgeleistet anzunehmen (wegen l. 39 de reg. jur.), im letztern Falle aber den Zustand vor der Eidesdelation wieder herzustellen (wegen l. 23 in fine de reg. jur.). —

---

58) In l. 34 §. 4 D. h. t. muß jedoch statt neque — aeque gelesen werden. Vergl. Malblank S. 139 not. 209. Zum Theile sehr willkührliche Ansichten über das jusj. propter calumn. im heutigen Rechte findet man bei Malblank §. 53.

§. 21.

Folgen der Leistung des Haupteides.

Die Leistung des Haupteides im heutigen Rechte hat die Folge, daß das abgeschworne Factum nun als nicht bewiesen zu betrachten ist, macht aber das Urtheil durchaus nicht überflüssig, da sich nicht über den ganzen Streit, sondern nur über ein dem Urtheile zu Grunde liegendes Factum verglichen ist. Eben um dieser Vergleichsnatur willen sind aber neue Beweismittel des Probanten, wenn einmal der Haupteid abgeschworen ist, über dasselbe Thema auch dann nicht mehr zulässig, wenn der Beweistermin noch nicht abgelaufen ist, oder dagegen ex capite novorum Restitution erhalten werden könnte. Nach altrömischem Rechte konnte selbst im Falle eines offenbaren Meineides nicht von dem, was Folge des Eides war, abgegangen werden (l. 21 und 22 D. 4. 3 und l. 1 Cod. 4. 1). Dieser Grundsatz des alten Rechtes ist nach der gewöhnlichen Meinung durch Justinian in der l. 13 Cod. 4. 1 dahin modifizirt worden, daß im Falle eines wahren perjurium gegen den Eid restituirt werden kann; doch hat die Meinung Derjenigen die meisten Gründe für sich, welche glauben, daß sich Justinians Vorschrift hierin nur auf einen singulären Fall beziehe. Jedenfalls aber ist der Ausdruck perjurium nur von einem wissentlich falsch geschwornen Eide zu verstehen (Cic. de offic. III. cap. 29), für wissentlich falsch geschworne Eide aber setzt die Carolina Art. 107 die Vernichtung ihrer civilrechtlichen Folgen fest, daher die Controverse über den Sinn der l. 13 Cod. cit. von keiner praktischen Bedeutung ist[59]). So oft übrigens nicht wissentlich falsch geschworen

---

59 Für die Annahme, daß die l. 13 cit. nur von einem singulären Falle zu verstehen sey, sprechen sehr viele Gründe. 1) Handelt diese Stelle ausdrücklich nur vom Meineid über ein hinterlassenes Legat oder Fideicommiß, eine Extensivinterpretation aber ist bei singulären Rechten nicht zulässig; 2) ist diese Constitution früher datirt, als die Digesten erschienen, während in den Pandekten die allgemeine Regel noch ausgesprochen ist, daß das perjurium die civilrechtlichen Folgen eines Eides nicht aufhebe; doch hätte dieser Grund weniger zu bedeuten, weil in den Pandekten bekanntlich auch rein historisches sich

ist, kommen die Grundsätze des alten Rechts zur Anwendung. Nicht entgegen ist l. 31 D. h. t., die nur beim jusjur. necessarium im Falle neuaufgefundener Beweismittel die durch Eid entschiedene Sache wieder aufzunehmen gestattet, für den von den Parteien deferirten Eid aber ausdrücklich das Gegentheil besagt.

§. 22.

Von der Remission des Eides.

Nicht selten scheint es bei den Römern vorgekommen zu seyn, daß der Deferent, wenn sich der Gegner zu dem deferirten Eide bereit erklärte, ihm die wirkliche Eidesleistung nachließ, was die Römer juramenti gratiam facere nannten (l. 6 D. h. t.). Wenn nun gleich heutzutage der Gebrauch der Remission des Eides gewiß nicht häufig ist, so läßt sich doch die mit der Befugniß auf sein Recht zu verzichten zusammenhängende Befugniß zu remittiren gewiß auch nach heutigem Rechte nicht bezweifeln; nur ist es Pupillen (l. 32 D. h. t.) und nach der Analogie auch allen denjenigen, welche dispositionsunfähig sind, untersagt. Diese Remission ist übrigens durchaus an keine Förmlichkeiten gebunden, sie kann auch durch Briefe geschehen, ja, der zum Schwure Verpflichtete braucht nicht einmal einzuwilligen; auch ignorantibus und absentibus kann der Eid nachgelassen werden (l. 41 D. h. t.). Die Folge dieser Remission ist, daß es gerade so betrachtet wird, als ob der Haupteid geschworen wäre. Eine Remission wird gesetzlich fingirt, wo der Deferent das jusj. calumniae verweigert (§. 20), und einer solchen müssen daher auch solche fähig seyn, die sonst nicht remittiren können; nur

---

findet; 3) bestätigt diese Regel auch die l. 1 Cod. h. t., wo die Worte: nisi specialiter hoc lege excipiatur, von Tribonian interpolirt zu seyn scheinen, um den Zusammenhang mit der l. 13 cit. herzustellen; 4) auch die Institutionen (§. 4 de except., welcher §. nicht aus Gajus genommen ist) wiederholen die Regel der Pandekten und der l. 1 Cod. h. t.; 5) endlich hat diese Ansicht auch die Autorität der Basiliken für sich. (Vergl. Glück §. 798 b)).

werden freilich Minderjährige, wenn sie sich nachher zum jusj. de calumnia melden, gegen dieselbe aus allgemeinen Gründen zu restituiren seyn. —

§. 23.

Von der Relation des deferirten Haupt-Eides.

Will der Delat den Haupteid nicht acceptiren, so kann er in der Regel den Eid dem Deferenten zurückschieben, der ihn dann, wenn nicht die zu beschwörende Thatsache als unbewiesen angenommen werden soll, schwören muß, und keineswegs wieder zum Beweise seine Zuflucht nehmen kann (l. 34 §. 7 h. t. l. 12 §. 3 de probat.); welche Bestimmung des ältern Rechts Justinian durch die l. 11 Cod. 4. 1 in nichts hat ändern wollen, wie aus l. 12 §. 1 Cod. eod. ganz klar hervorgeht. Auch kann der Delat nicht erst, wie der Delat, das jusjurandum de calumnia fodern (l. 34 §. 7 D. h. t.). In einigen Fällen kann auch der Deferent die Relation ablehnen, so daß der Delat schwören oder sich mit Beweis helfen muß, nämlich dann, wenn der Deferent den Delaten actione furti oder rerum amotarum belangt hat (l. 11 §. 3 l. 12 u. 13 D. 25. 2), und nach canonischem Rechte in allen Fällen, wo Delat mit einer actio famosa belangt ist (c. 36 X. 2. 24) [60]). Daß dasselbe

---

60) Nec liceat convento famosa actione referre hujusmodi jusjurandum. Vermuthlich steht diese Stelle mit der Idee des Mittelalters in Verbindung, daß Jeder von einem ihm zugemutheten Verbrechen sich selbst reinigen müsse. Wenn übrigens Grolman (Theorie §. 91) aus dem cap. 36 cit. folgern will, daß die Relation in allen Fällen unzulässig sey, wo der Deferent nicht überhaupt und für den Richter insbesondere beweisend schwören könne, so hat er theils den engern Sinn der Stelle selbst, theils die Natur des Haupteides als eines Vergleichs über den Beweis gegen sich, wobei es gar nicht darauf ankommt, dem Richter die Ueberzeugung vom Factischen zu verschaffen, worüber die Parteien jetzt ja einig sind. — Auch Glück (§. 803) und Malblank (§. 57) lassen sich durch übertriebene Aengstlichkeit und Furcht vor falschen Eiden zu einer viel zu weiten Interpretation jener Stelle verleiten.

gelte in allen Fällen, wo es sich um ein factum proprium des Delaten handelt, läßt sich aus jenen singulären Bestimmungen nicht folgern; doch ergibt sich aus der Natur der Sache, daß der Deferent in jenen Fällen, wo er sein Nichtwissen beschwören kann, exceptionem ignorantiae vorzuschützen berechtigt sey, die ihn dann zwar von der Eidesleistung befreit, aber die Eides- oder Beweislast nicht auf den Delaten wälzt, sondern nur die Lage der Dinge vor der Delation wieder herstellt, und das Gesuch des Deferenten um restitutio in integrum contra elapsum terminum zur Vorbringung neuer Beweismittel zu rechtfertigen scheint. Dem Delaten in diesem Falle die unbedingte Pflicht zum Schwören oder zur Gewissensvertretung auflegen, hieße ihn auf eine Weise in seinen Rechten beschränken, die weder aus der Natur der Sache folgt, noch in den Gesetzen gegründet ist. Die Controverse, ob auch Meineidigen der Eid referirt werden könne, löst sich durch die bereits in §. 16 II. 4 ausgeführte Behauptung, daß Meineidige den Haupteid gar nicht deferiren können, von selbst. —

§. 24.

Von der Gewissensvertretung.

Die Gewissensvertretung besteht darin, daß der Delat, vorbehaltlich seiner ihm sonst zustehenden Rechte auf den Fall des Mißlingens, vorläufig das Gegentheil von dem, was dem Probanten und Deferenten zu beweisen obliegt, somit dasjenige, was das Thema des ihm deferirten Eides bildet, selbst zu beweisen versucht, um sich, falls der Versuch gelingt, dadurch vom Eide selbst zu befreien. Daß dieses Institut der probatio pro exoneranda conscientia auch schon im römischen Rechte vorgekommen sey, will Malblank §. 59 aus Quinctiliani inst. orat. V. cap. 6 unbedingt folgern, während Glück §. 804 darin nichts als eine rhetorische Phrase sieht, der man kein Gewicht beilegen könne; einen Mittelweg sucht Goldschmidt (Abh. VI. pag. 71) einzuschlagen, indem er daraus einen Beweis schöpfen will, daß die Praxis die Gewissensvertretung zugelassen, ohne daß dieselbe in der Theorie einen Platz erhalten hätte; allein da das ganze jus honorarium so

sehr auf der Praxis beruht, und diese von den Pandektenschriftstellern so sehr berücksichtiget wird, ist es doch kaum erklärlich, wie ein so wichtiges Institut, hätte es schon zu Quinctilians Zeiten bestanden, von keinem einzigen derselben hätte erwähnt werden sollen, und doch findet sich in dem Corpus juris keine Spur von dem ganzen Institute. Die Stelle bei Quinctilian (vergl. not. 31 und was sich im Texte des §. 12 darauf bezieht) bezieht sich aber auch gar nicht auf die Gewissensvertretung, sondern nur darauf, daß der Probant sich den Eid nicht brauche deferiren zu lassen, sondern denselben zurückweisen und statt dessen seinen ihm ohnehin schon obliegenden Beweis führen könne, was mit dem prätorischen Edikte und dem richtigen Verständnisse aller Stellen vollkommen übereinstimmt. Die Römer haben daher von der Gewissensvertretung wohl nichts gewußt; unläugbar aber ist diese aus dem sächsischen Prozesse in den gemeinen übergegangen und jetzt durch eine constante Praxis für denselben sanctionirt, somit nach heutigem Rechte als ein fernerer Ausweg des Delaten zu betrachten. Je mehr aber dieses Institut nur auf der Praxis beruht, um so mehr hat man Spielraum gehabt, sich über seine Natur und die daraus zu ziehenden Consequenzen zu streiten. Die Frage wurde um so schwieriger, als man die natürlichste Ansicht, daß der Beweis zur Gewissensvertretung ein wahrer Gegenbeweis sey, um deßwillen verwerfen zu müssen glaubte, weil man sich einen Gegenbeweis nicht denken konnte, wo noch kein Hauptbeweis geführt sey; man gelangte daher auf mannichfaltige, zum Theile wenigstens sehr scharfsinnige Hypothesen[61]). Allein es ist nicht abzusehen, warum man sich einen anticipirten Gegen-

61) Die scharfsinnigste dieser Hypothesen ist von Goenner (im Handb. II. 48 §. 5 ff.), wonach die Beweisführung des Delaten als eine Präjudizialfrage erschiene, wobei deren Mißlingen nicht nur dann anzunehmen wäre, wenn wirklich nichts bewiesen worden, sondern auch dann, wenn Deferent durch Gegenbeweis, der ihm ohne Rechtsungleichheit nicht zu verweigern, den schon gelieferten Beweis wieder zerstört hätte. Allein hiedurch würde der Hauptbeweis zum Gegenbeweise und der Gegenbeweis zum Hauptbeweise gemacht, und Delat, der den Gegenbeweis in der Hauptsache vollständig geführt hatte, würde, weil ihm der Hauptbeweis (hier als Gegenbeweis) entgegenstünde, dennoch, und zwar gewiß ganz gegen den Geist des cap. 2 X. de probat. zum Schwören gezwungen. Auch dürfte sich diese Hypothese mit dem Grundsatze: In dubio pro reo, kaum vereini-

beweis nicht solle denken können; und wirklich ist, wie gleich gezeigt werden soll, der Beweis pro exoneranda conscientia der Natur der Sache nach ein solcher, wenn anders das ganze Institut vor der gesunden Vernunft seine Rechtfertigung finden soll. Der Grund der Verbindlichkeit des Delaten auf den in der Delation liegenden Vergleichsantrag des Deferenten sich einzulassen, wie selbe das Gesetz ausspricht, und den Eid zu schwören oder zu referiren, liegt in dem Bedürfnisse eines letzten Beweismittels für den deferirenden Probanten. Ist indeß das Gegentheil des Beweisthemas des Probanten bewiesen, d. h. ist der direkte Gegenbeweis geführt, so hat das Gesetz keinen Grund mehr, für ein Beweismittel des Probanten zu sorgen, denn alle den Hauptbeweis noch so vollständig herstellenden Beweismittel werden durch den vollständig durchgeführten Gegenbeweis unwirksam gemacht. Das Gesetz handelt daher mit guter Vernunft, wenn es dem Delaten gestattet, den direkten Gegenbeweis zu anticipiren, und ihn auf den Fall vom Eide freispricht, daß er jenen vollständig zu führen vermag, weil es eine unbillige Uebervortheilung für ihn wäre, ihn nun auch noch zum Eide zu zwingen. Es gibt indeß zwei Arten von direktem Gegenbeweise, einen solchen, der gegen die Prämissen des künstlich geführten Hauptbeweises gerichtet ist, um diese und dadurch den Hauptbeweis selbst zu stürzen, und einen solchen, der unmittelbar gegen das Thema des Hauptbeweises gerichtet ist, und in dem selbstständigen, unabhängigen Beweise des Gegentheils besteht. Jener läßt sich nun freilich nicht anticipiren, das begreift ein Kind; aber warum sich dieser nicht solle anticipiren lassen, wird wohl kaum Jemand zeigen können. Daß die plumpe Praxis oft beide Arten des direkten Gegenbeweises durch einander wirft, ist leider wahr, aber wenigstens in der Theorie sollte man eine Verwechslung derselben nicht erwarten.— Ist der Satz richtig, daß die Gewissensvertretung ein anticipirter Gegenbeweis ist, so folgt: 1) daß gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis nur da zulässig seyn kann, wo die Regel reprobatio reprobationis non datur, keine Anwendung mehr findet; daher auch gegen die Prämissen der künstlich geführten probatio pro exoneranda conscientia, so wie zur Bestätigung der Beweisexceptionen der Deferent allerdings Beweis führen kann; nur das direkte Ge-

---

gen lassen, indem durch den beiderseits geführten Beweis die Sache dubia geworden ist, dennoch aber pro actore, wenn schon nur über den Präjudizialpunkt, erkannt werden soll. Wozu endlich eine so complicirte Hypothese, wo sich alles so einfach aus der Natur der Sache gibt?

gentheil des Gegenbeweises kann er nicht mehr beweisen wollen, weil ihm dieß nichts mehr helfen könnte, da der Gegenbeweis des Delaten die Wirksamkeit des Hauptbeweises auf alle Fälle vernichtet; daher der sonst, wenigstens in so ferne der Beweistermin noch nicht abgelaufen ist, wahre Satz, daß Deferent durch die Eidesdelation auf seine übrigen Beweismittel nur bedingungsweise verzichtet habe, hier ganz irrelevant erscheint[62]). 2) Da bei der Gewissensvertretung der Hauptbeweis vorläufig als geführt angenommen wird, so ergibt sich, daß eine weitre Eidesdelation, die überdieß als eine wahre Relation erscheinen würde, als Beweismittel für die Gewissensvertretung nicht statt finden könne; 3) dieß leidet jedoch eine Ausnahme, wo der Gegenbeweis auf künstliche Weise geführt werden will, denn hier ist eine Eidesdelation über die Prämissen allerdings zulässig; 4) die Gewissensvertretung ist nur so lange zulässig, als der Gegenbeweis noch

62) Diejenigen Juristen, welche, wie Glück (§. 804) und Bayer (Vortr. pag. 399), den Beweis pro exon. consc. als einen freiwillig übernommenen Hauptbeweis ansehen, müssen es freilich für sehr verkehrt halten, den Gegenbeweis auszuschließen. Allein warum sollte der Delat die Last des Hauptbeweises übernehmen, und sich noch einem Gegenbeweise des Deferenten aussetzen, wo es hinreicht, auf den Hauptbeweis vorläufig zu verzichten, und, als wäre jener geführt, den Gegenbeweis anzutreten? Muß nicht auch der Verzicht, der in der Gewissensvertretung liegt, wie jeder andere strictissime interpretirt werden? Wird gegen die Gewissensvertretung der Gegenbeweis zugelassen, so muß man die Regel: In dubio pro reo (reus kann aber hinsichtlich der exceptio auch der actor seyn) ganz ausser Acht lassen, und ungeachtet der Beklagte das Gegentheil vollkommen bewiesen hat, doch für den allerdings gleichfalls beweisenden Kläger erkennen. Will man dieß nicht, so giebt sich Kläger mit seinem Gegenbeweise natürlich ganz überflüssige Mühe. — Ich kann hier nicht umhin, zu bemerken, wie falsch und ungerecht die gewöhnliche Ansicht sey, daß, wo der actor durch eine praesumtio juris geschützt ist, die Hauptbeweislast auf den reus gefallen sey; während doch die praesumtio an Stelle des Hauptbeweises tritt, und der reus den Gegenbeweis antreten muß, ohne daß anders als durch jene Präsumtion von Seite des Klägers bewiesen wäre, daher es ganz falsch ist, hier dem actor noch einen Gegenbeweis zuzulassen, der ihm, wenn die Regel in dubio pro reo festgehalten werden will, nichts helfen kann, im entgegengesetzten Falle aber den schon durch die praesumtio in Nachtheil gesetzten Beklagten doppelt beschwert. Die Praesumtio kann nur Jemanden von dem Beweise befreien, den er sonst zu führen hätte, nicht aber Jemandem den Beweis über etwas auflegen, was er der Natur der Sache nach nicht zu beweisen braucht; sie kann mithin dem Beklagten nicht den Hauptbeweis zumuthen.

nicht desert ist; 5) mißlingt der Gegenbeweis nicht gänzlich, gelingt aber auch nicht vollständig, so kann kein necessarium jusj. aufgelegt werden, sondern der Delat kann nun zur Relation oder Acceptation zurückkehren; denn durch Auflegung des purgatorium würde, da der Hauptbeweis als geführt vorausgesetzt wird, gegen cap. 2 X. de prob. verstoßen, das suppletorium aber könnte nur mit dem deferirten Haupteide gleichlautend seyn, dessen Acceptation oder Relation dem Delaten noch freisteht. (Ueber das sächs. Recht vergl. Goldschmidt am a. O. §. 4 u. 5. Quellen sind Sächs. P. u. G. O. XVIII. und XIX. Const. Elect. I. 14. Dasselbe läßt gleichfalls den Gegenbeweis nicht zu. P. u. G. O. XIX. 2. Const. elect. loc. cit.). —

25.

Von der Rekusation des Haupteides.

Ist der Eid giltig deferirt worden, und der Delat hat in termino den Eid weder acceptirt und geschworen, noch referirt, noch endlich sein Gewissen mit Beweis vertreten, und der Eid ist auch nicht erlassen, so trifft ihn die poena recusati, d. h. es wird angesehen, als habe er sich zu schwören geweigert, was einem gerichtlichen Geständnisse gleich zu achten ist (l. 39 D. h. t.), und die Folge hat, daß der Beweis des Deferenten nunmehr geführt ist; die Folge, daß das Urtheil gegen den Delaten ausfallen müsse, kann man jedoch dem rekusirten Eide nur dann geben, wenn der auf andere Weise vollständig geführte Beweis des Deferenten dieselbe Folge gehabt haben würde. — Die Rekusation des referirten Eides hat die Folge, daß das Thema desselben nicht bewiesen ist, und auf keine andere Weise mehr bewiesen werden kann. Wird das juramentum de calumnia vom Deferenten verweigert, so ist der Eid pro remisso zu halten, mißlingt aber die Gewissensvertretung, so muß ein neuer Termin gegeben werden, inner dessen sich der Delat über die Acceptation oder Relation des Eides zu erklären hat. Gelingt der Beweis pro exoneranda conscientia, so ist es gerade so viel, als wäre der deferirte Haupteid geschworen, oder als wäre der vom Deferenten auf andere Weise, als durch Eid geführte Hauptbeweis durch vollständigen Gegenbeweis des Delaten zerstört. —

Insbesondere vom Diffessionseide.

Der Diffessionseid ist der vom Produkten geschworne Eid, daß eine vom Produzenten gegen ihn produzirte Privaturkunde, und diesen sind documenta quasi publica gleich zu achten (Bayers Vortr. S. 377), nicht von ihm herrühre, oder überhaupt nicht ächt sey. — Betrachtet man diesen Eid, abgesehen von der deutschen Praxis nach allgemeinen Grundsätzen, so kann er 1) der Natur der Sache nach und nach ausdrücklichen Gesetzstellen (Auth. contra post leg. 4 Cod. 4. 30. Nov. 18 cap. 8) als wahrer Haupteid deferirt werden, so daß der Produkt nur die Wahl zwischen der Acceptation und Ableistung (in welchem Falle die Urkunde alle Beweiskraft in diesem Prozesse verliert), dann der Relation und Gewissensvertretung hat. 2) Er kann aber der Natur der Sache nach auch als reiner Vergleichseid vorkommen, was insbesondere der Fall ist, wenn der Produkt sich selbst dazu erbietet; er kann ferner 3) ein vom Richter aufgelegtes purgatorium seyn, wenn Produkt die Aechtheit der Urkunden zwar einigermassen, aber doch weniger als halb oder gerade halb dargethan hat; und er kann endlich 4) auch die Natur eines jusj. de calumnia speciale annehmen, wenn er (in einer dem Wesen des Gefährdeeides entsprechenden Formel) vom Produzenten ausdrücklich als solches gefodert wird (Nov. 49 cap. 3. c. 2 §. 2 in 6° 2. 4), wo dann ungeachtet seiner Leistung dem Produzenten noch immer freisteht, den Aechtheitsbeweis zu liefern. — Nach der heutigen Praxis findet sich jedoch bei diesem Eide manches Singuläre. Zwar liegt darin nichts besonderes, daß sich auch der Produkt dazu erbieten kann, da die Praxis dem Produzenten noch immer gestattet, ein solches Erbieten abzuschlagen, und dafür den Aechtheitsbeweis zu führen, daher das Offert des Produkten als reines Vergleichsoffert erscheint; etwas besondres ist es aber allerdings, daß der Produkt den ihm deferirten Diffessionseid weder referiren, noch sein Gewissen mit Beweis vertreten[65]), ja nicht einmal das jusj. de

---

65) Zwar will Gensler (Archiv f. civ. Prax. II. Abh. 32. S. 324 — 28) die Gewissensvertretung zulassen, hat aber die Praxis gegen

calumnia fodern kann, sondern schwören oder refusiren muß; so wie auch, daß der Richter diesen Eid selbst dann dem Produkten auflegen kann, wenn der Produzent auch gar nichts bewiesen hat. — Sehr wahrscheinlich ist es, daß der Diffessionseid in seiner heutigen Gestalt aus einer Zusammenschmelzung des altdeutschen Rechtes mit dem römischen allmälig sich gebildet habe. Es ist bekannt, daß nach altdeutschem Rechte dem Beklagten vor allem das Recht zustand, seine Unschuld zu beschwören, und sich dadurch von der Klage zu reinigen; von da mag wohl das Recht des Beklagten, sich zur Abschwörung der Urkunde zu erbieten, entstanden seyn; weil aber das Röm. Recht einen von dem Schwörenden selbst offerirten Eid ausdrücklich ohne Einwilligung des Gegners als nicht verbindend erklärt (l. 3 pr. D. 12. 2), so mag daraus die Veranlassung genommen worden seyn, dem Produzenten gegen ein solches Offert die Beweisführung offen zu lassen. Ein von dem Gegner deferirter Eid war dem altdeutschen Gerichtsverfahren überhaupt fremd, und kam daher auch bei dem Diffessionseide nicht vor, als er aber später mit dem Röm. Rechte in Deutschland eingeführt wurde, dehnte man das Recht zur Delation sehr natürlich auch auf den Diffessionseid aus, ohne daß jedoch die römische Lehre von der Relation und vom Kalumnien-Eide bei diesem Eide ächt deutschen Ursprungs Wurzel zu fassen vermocht hätte. Daß man ihn auch durch der Richter als necessarium aufzulegen gestattete, war, sobald einmal jurajuranda necessaria, die das alte Recht gleichfalls nicht kannte, aufgekommen waren, ganz consequent, daß dieß aber selbst dann geschehen durfte, wenn vom Produzenten noch gar nichts bewiesen war, rührt wohl daher, weil unsere Altvordern mit dem Urkundenverfertigen so wenig umzugehen wußten, daß ihnen schon das Vorhandenseyn einer Urkunde wenigstens statt einiges Beweises diente (G e n s l e r im Handbuche zu M a r t i n. S. 350). Die spätern Praktiker aber sahen ihn in diesem Falle als ein jusjurandum tacite delatum an. — Frägt man nun über die Natur des Diffessionseides im h e u t i g e n Rechte, so ist zu antworten: Je nachdem er in dieser oder jener der möglichen Formen vorkömmt, hat er auch heute noch eine verschiedene Natur. 1) Vom Produkten offerirt, ist er r e i n e r Vergleichseid; 2) vom Produzenten deferirt, ist er zwar Haupteid, aber als eine besondere Art desselben nicht überall nach den allgemeinen Grundsätzen des jusjurandum delatum

---

sich (L e y s e r spec. 277 med. 8), die hier entscheiden muß, da ihr das ganze Institut entsproßen ist. —

zu behandeln[64]). 3) Als reiner Haupteid nach römischen Grundsätzen könnte er wohl auch heutzutage noch vorkommen, doch müßte Deferent ihn ausdrücklich als solchen deferirt haben; da er aber dabei gar sehr im Nachtheile wäre, wird es kaum irgend einmal vorkommen. 4) Als vom Richter aufgelegt kann er zwar ein wahres Purgatorium seyn, er kann aber auch, wenn hiezu die Erfodernisse fehlen, als eine eigene species des jurisjurand necessarii, die wenigstens in einiger Hinsicht dem jusjurandum quantitatis des R. R. ähnelt, erscheinen. 5) Endlich kann er noch fortwährend ein reines jusjurandum de calumnia speciale seyn, wenn er als solches gefodert wird (Bayers Vorträge S. 445). Aus dem Bisherigen aber ergibt sich, daß sowohl Diejenigen irren, welche den Diffessionseid als eine bestimmte der im römischen Rechte vorkommenden Gattungen des Eides, z. B. als einen Haupteid oder nothwendigen Eid, betrachtet wissen wollen, als auch Diejenigen, welche denselben zu einer ganz besondern Art des Eides im Prozesse machen; er ist nach Verschiedenheit der Falle bald zu dieser, bald zu jener Gattung, jedoch zum Theile mit abweichenden Bestimmungen, zu rechnen. Schließlich ist noch zu bemerken, daß die ganze Lehre vom Diffessionseide, insoferne dieselbe singuläre Bestimmungen enthält, lediglich in der Praxis ihre Quelle hat, indem der J. R. A. §. 39 zwar desselben, so ferne er als eine besondere Art des Haupteides („auf des Klägers Erfordern“) erscheint, billigende Erwähnung thut, ohne daß jedoch das Verfahren dabei des Nähern bestimmt würde. (Vergl. über das sächs. Recht, worin sich die Lehre vom Diffessionseide zuerst vollständig ausgebildet zu haben und dann durch die sächs. Juristen in den gemeinen Prozeß übergetragen worden zu seyn scheint — Goldschmidt Abhandl. VIII.). —

---

64) Auch schon das R. R. kennt solche Ausnahmen; z. B. bei dem über das Fundament der actio rer. amot. deferirten Eide, der nicht referirt werden kann (l. 11 §. 3 D. 25. 2), und bei der actio furti (l. 12 cod.).

§. 27.

Von der Fassung der Eidesformel beim Haupteid und von den Solennien der Ableistung desselben.

I. Den freiwilligen Vergleichseid muß der Delat, wenn er ihn annimmt, so schwören, wie er ihm angetragen ist (l. 3 §. 4 l. 4 und 5 pr. D. h. t.), und steht es dabei ganz in dem Willen der Parteien, bei was geschworen werden soll (l. 5 pr. eod.), doch würde derjenige, der den Eid acceptirte, zu seiner Abschwörung bei einem andern, als dem göttlichen Wesen schwerlich gezwungen werden können, wenn er es auch versprochen hätte, da ein solches pactum nach cap. 26 X 2. 24 wohl als turpe zu betrachten ist (wegen Moyses. V. cap. 6 v. 13. c. 10. v. 20. Matth. c. 5. v. 33 — 37). — War darüber, bei was geschworen werden sollte, nichts ausgemacht, so ist nach R. R. der Eid giltig, wenn der Schwörende bei seinen eigenen, obgleich falschen Religionsbegriffen geschworen hat (l. 5 §. 1 h. t.), wenn nur diese vom Staate nicht verboten sind (l. 5 §. 3 eod.). Nur bei dem eigenen Heile konnte nicht giltig geschworen werden, wenn der Eid nicht besonders so deferirt war (l. 33 eod.). Nach heutigem Rechte braucht der Deferent jedoch den Eid, ausgenommen es wäre etwas anderes ausgemacht gewesen, nur dann für giltig zu erkennen, wenn er bei dem höchsten Wesen geschworen wurde (wegen cap. 26 X. cit.). — II. Bei dem Haupteide muß der Natur der Sache nach die Eidesformel so gefaßt seyn, daß sie nicht mehr enthält, als worüber der Deferent deferiren kann, sonst ist der Delat nicht schuldig, sich einzulassen; eben so kann auch von ihm kein Eid anders als bei Gott gefodert werden (cap. 26 X. cit.), war aber der Eid anders deferirt, und er hat ihn angenommen, so kommen in dieser Hinsicht die Grundsätze vom reinen Vergleichseide zur Anwendung (s. oben Nr. I.). — III. Die Eidesformel für das jusjurandum relatum ist die umgekehrte des delatum, in so ferne nicht Modifikationen nöthig werden, die dann der judex bestimmt. (l. 34 §. 5 und 8 h. t. Vergl. oben nota 20). — IV. Den Ort, wo geschworen werden soll, hat in allen Fällen mit Rücksicht auf die Person des Schwörenden der Richter zu bestimmen (l. 12 §. 5 Cod. h. t.); gewöhnlich geschieht dieß im Gerichtslokale,

von Kranken und Standespersonen in ihrer Wohnung (l. 15 D. h, t.), von Juden nach gemeinem Rechte in der Synagoge. Ist der Schwörende im Gerichtssprengel des Richters nicht anwesend, so wird ihm entweder ein Termin zum Erscheinen vor Gericht gesetzt, oder, und zwar zweckmäßiger, das einschlägige fremde Gericht zu Abnahme des Eides und Einsendung des Protokolls darüber requirirt (l. 12 §. 4 Cod. 4. 1 und Nov. 124. cap. 1). — V. Die Formel für den Judeneid ist vorgeschrieben in der C. G. O. v. 1555. Th. 1. Tit. 5. §. 86. Der Mennonit betheuert bloß bei Mannenwahrheit an Eidesstatt, wobei aber Malblank (§. 7 und 114) gewiß zu weit geht, indem er, wenn einer aus ihrer Mitte in einer Gegend falsch geschworen, nun die Betheuerung keines derselben mehr als Eid gelten läßt. Dieß heißt Alle für die Sünde eines Einzelnen büßen lassen; auch ist solche Strenge nicht nöthig, wenn man nur die Verletzung des Handschlages bei Mannenwahrheit einem Meineide gleich bestraft. (Vergl. Kammer-Visit. Conclus. ddo. 15 Oct. 1768 ad dub. camer. prim.). — VI. Was endlich die Frage betrifft, ob auch per procuratorem geschworen werden könne, so kann von dem Prokurator, welcher mit Spezialvollmacht hiezu versehen ist, das jusjurandum de calumnia in die Seele seines Prinzipals nach kanonischem Rechte (cap. ult. in 6°. de jurej. calumn. 2. 4) gegen die Bestimmung des römischen (Nov. 124 cap. 1) allerdings geschworen werden, so absurd dieses auch ist; der Haupteid aber kann nur in so ferne vom procurator geschworen werden, als er diesem persönlich deferirt ist und von ihm freiwillig acceptirt wird (l. 34 §. 3, dann l. 9 §. 6 und l. 42 §. 2 h. t.), keineswegs aber an Stelle und in die Seele des dominus litis, wenn diesem der Eid eigentlich deferirt wurde (l. 12 §. 4 Cod. 4. 1). Malblank (§. 95), der auch beim Haupteid das vicarii manibus jurare durch das kanonische Recht (wegen c. 67 X. de jurej. calumn. c. 3 ibid. in 6°., c. 2 de test. in 6°, c. 1 §. 1 de statu regul. in 6°.) und durch die Reichsgesetze (C. G. O. I. 87. III. 38. J. R. A. §. 34) sanktionirt glaubt, verwirft es um deßwillen gänzlich, weil der Schwur schon in mandato principalis, in seine Seele zu schwören, liege. Allein, wenn man auch nicht gerade einem solchen Mandate die rechtlichen Wirkungen eines Eides beilegen möchte, so ist so viel gewiß, daß der Schwur des procurator in die Seele des Prinzipals, an sich widersinnig, für den Deferenten ganz ohne Werth ist. —

§. 23.

Vom Einfluße der Eidesdelation auf die Prozeßkosten und von der Appellation über den Eid.

A. Vom Kostenpunkte. I. Wurde sich durch den reinen Vergleichseid über das ganze Streitverhältniß verglichen, und die Parteien haben den Kostenpunkt nicht selbst mit zum Gegenstande des Vergleiches gemacht, so müssen die Kosten kompensirt werden, theils weil nun gar kein Urtheil erfolgt, und die Kosten besonders nicht eingeklagt werden können (l. 1 D. quar. rer. act. non datur), theils weil es nun unentschieden bleibt, wer sachfällig geworden wäre, wenn man der Sache ihren ordentlichen Lauf gelassen hätte. II. Wurde über einzelne oder auch alle dem künftigen Urtheile zu Grunde liegenden factischen Umstände durch den reinen Vergleichseid oder durch Delation des Haupteides sich verglichen, so kann der Umstand, daß der juristische Beweis derselben durch den Eid hergestellt oder vereitelt wurde, auf das Urtheil des Richters keinen Einfluß üben, sondern er hat, da die ursprünglichen Petita in Haupt- und Nebensache, daher auch hinsichtlich des Kostenpunktes dieselben bleiben, gerade so zu erkennen, als wäre der Eid gar nicht deferirt, soudern der Beweis auf andere Weise geführt oder versucht worden. Wendet man diese Regel insbesondre auf die Fälle an, wo der Haupteid über das ganze Beweisthema, von dem allein die Entscheidung abhieng, deferirt wurde, so ergeben sich folgende Sätze: 1) Findet der Richter ungeachtet des gelungenen oder mißlungenen Beweises die Kostencompensation zuläſſig, weil z. B. die einschlägigen Gesetze eine doppelte Auslegung gestatten, so kann der Umstand, daß der Beweis durch Eidesdelation geführt oder versucht wurde, ihn daran nicht hindern, die Kosten zu compensiren. Ist aber dieß nicht der Fall, und 2) der Delat schwur den Eid, so hat der Probant nichts bewiesen, und ist in die Kosten zu verurtheilen; dasselbe gilt 3) wenn Deferent den Gefährdeeid oder 4) die Ableistung des referirten Eides weigert; hat dagegen 5) der Delat den Eid recusirt, oder 6) Deferent den referirten Eid

geschworen, so hat der Deferent bewiesen, und Delat verfällt in die Kosten. 7) Wenn endlich Delat sein Gewissen mit Beweis vertreten hat, und den Gegenbeweis zu führen vermochte, so hat der Deferent nichts bewiesen, und es werden ihm daher die Kosten aufzubürden seyn[65]). — Auf andere Fälle, wo entweder noch ein indirekter Gegenbeweis oder noch andere faktische und juridische Fragen, worüber sich nicht durch den Eid verglichen ist, zu berücksichtigen sind, läßt sich jene Regel in concreto leichter anwenden, als diese Fälle hier sich spezialisiren. —

B. Hinsichtlich der Appellation über den Eid hat Justinian in l. 12 Cod. h. t. folgende Bestimmungen gegeben. 1) Jeder Eid, in welchem Stadium des Prozesses er auch vorkommen möge, und ohne Rücksicht darauf, ob er vom Richter aufgelegt, oder von den Parteien angetragen sey, muß sogleich unter Aufsicht des Richters geschworen werden, ohne erst die Definitivsentenz oder den Erfolg der Appellation abzuwarten, weil sonst der Delat in der Zwischenzeit sterben könnte, und der Eid des Erben mit dem der Partei selbst nicht gleichen Werth hat (l. 12 pr. cit.). 2) Dem Deferenten, welchem referirt worden ist, ist das Recht der Appellation über die Relation schlechthin entzogen, und der Richter hat, ohne auf sein Appellationsgesuch Rücksicht zu nehmen, den Streit sofort zu entscheiden. Den Grund gibt Justinian selbst an: Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in iis, quae ipse facienda procuravit (l. 12 §. 1 cit.). Diese Vorschrift Justinians ist, da nach den Gesetzen nicht in allen Fällen referirt werden kann (§. 23), und darüber, ob in concreto ein solcher Fall vorhanden sey, eben das Urtheil der höhern Instanz verlangt wird, wohl nicht zu billigen, daher viele Codices, statt cui refertur, hier cui jure (d. h. den Gesetzen gemäß) refertur lesen; allein, da in allen Fällen, ob jure referirt sey, eben die Frage ist, worüber appellirt wird, so würde durch diesen Beisatz

---

65) Malblanc (§. 67) und Glück (§. 805) lassen in allen Fällen Kostencompensation zu, wo 1) derjenige, dem die Beweislast nicht oblag, freiwillig deferirte, 2) wo das relatum geschworen wurde (utroque enim casu praemium quoddam litigantium verecundiae tribuendum est); 3) wenn Deferent auch sonst wenigstens einigermaßen bewiesen hatte. Allein die selbst als solche noch zweifelhaften Billigkeitsgründe, die sie dazu bestimmen, berechtigen nicht, dem Eide eine Wirkung zu geben, die weder im Gesetze ausgesprochen ist, noch in der Intention der Parteien liegt.

die ganze Vorschrift in sich zerfallen, er ist daher um so mehr als eine spätere Interpolation anzusehen, als er sich auch nicht in allen MS. findet. Auch die allgemeine Phrase im §. 6 leg. 12 cit., die sich mehr auf §. 4 und §. 5 zu beziehen scheint, berechtigt nicht zu einer Restrictivinterpretation des §. 1. cit. — 3) Glaubt dagegen der Delat, daß er sich auf den deferirten Eid nicht einzulassen brauche, so kann er den Eid recusiren, und der Richter, wenn er der Meinung ist, der Eid sey bindend deferirt, hat dann in Untersuchung der Sache fortzufahren, und zu entscheiden, wie es die Folgen der Recusation erheischen. Dann aber steht es dem Delaten frey, gegen das Urtheil und den Eid, auf dessen Recusation es gebaut ist, die Appellation zu ergreifen; hält sofort der Oberrichter die Eidesdelation gleichfalls für verbindend, so bestätiget er das Urtheil; glaubt er aber, daß Delat mit Recht recusirt habe, so ändert er dasselbe, und der Streit beginnt nöthigenfalls da wieder, wo er zur Zeit der Delation gestanden (l. 12 §. 2 cit.). Der Deferent aber hat gegen das Urtheil, in so ferne es auf den Eid gebaut ist („in hoc"), es mag derselbe nun geleistet oder recusirt worden seyn, kein Recht der Berufung, cum nimis crudele est, parti, quae hoc detulit, propter hoc ipsum, quod judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem (l. 12 §. 3 cit.). Man erkennt übrigens in diesen Bestimmungen Justinians ein Beispiel, wie man ohne Beschwerung der Parteien die Zulässigkeit der Appellation gegen Interlokute aufheben und dadurch unendlich vielen chikaneusen Prozeßverlängerungen vorbeugen könnte, ein Umstand, der, wenn schon die Sache auch ihre Schattenseite hat, dennoch, wie mir scheint, bei einer neuen Civilprozeßgesetzgebung aller Berücksichtigung werth wäre. —

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Betrachtungen über den Eid an sich und im Prozesse vom Standpunkte der Philosophie und Legislation.

§. 1. Begriff und Arten des Eides.
§. 2. Promissorischer Eid.
§. 3. Assertorischer Eid.
§. 4. Fortsetzung.
§. 5. Arten des Eides zur Entscheidung von Rechts=Streitigkeiten vor Gericht.
§. 6. Vom deferirten Eide.
§. 7. Fortsetzung.
§. 8. Fortsetzung.
§. 9. Vom Gefährdeeide.

Zweiter Abschnitt.

Vom Eide, insbesondere dem jurejurando judiciali, im römischen Rechte.

§. 10. Vom jusjurandum voluntarium, necessarium und judiciale.
§. 11. Vom jusjurandum judiciale insbesondere.
§. 12. Vom jusjurandum in jure delatum.
§. 13. Vom jusjurandum in judicio delatum.
§. 14. Das römische Recht nach Aufhebung des alten ordo judiciorum privatorum.

Dritter Abschnitt.

Beiträge zur Lehre vom Haupteid im heutigen gemeinen Civilprozesse.

§. 15. Allgemeine Bemerkungen.
§. 16. Wer kann den Haupteid deferiren?
§. 17. Wem kann der Haupteid deferirt werden?
§. 18. In welchen Sachen und worüber kann der Haupteid deferirt werden?
§. 19. Folgen der Delation des Haupteides.
§. 20. Von der Acceptation des deferirten Eides und deren Folgen.
§. 21. Folgen der Leistung des Haupteides.
§. 22. Von der Remission des Eides.
§. 23. Von der Relation des deferirten Haupteides.
§. 24. Von der Gewissensvertretung.
§. 25. Von der Recusation des Haupteides.
§. 26. Insbesondere vom Diffessionseid.
§. 27. Von der Fassung der Eidesformel beim Haupteid und von den Solennien der Ableistung desselben.
§. 28. Vom Einfluße der Eidesdelation auf die Prozeßkosten und von der Appellation über den Eid.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Barth, Marquard,

Beiträge zur Lehre vom Haupt-Eid im Civilprozesse, vom Standpunkte der Philosophie und Legislation, des römischen und des heutigen gemeinen Rechtes

Augsburg 1832

Diss. 2129,4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10850932-1